

المغنى

لَمُؤَفَّقِ الدِّينِ أَبِي مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قُدَّامَةَ
الْمَقْدِسِيِّ الْجَمَاعِيِّ الدَّمَشْقِيِّ الصَّالِحِيِّ الْحَنْبَلِيِّ
٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد راحلو

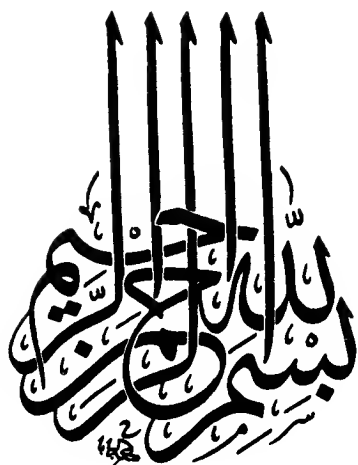
الدكتور

عبد بن عبد المحسن التركي

الجزء السابع

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المَغْنَمُ

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة



دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
المملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح

٩٢/٤ و

الصلحُ مُعَاقِدَةٌ يُتَوَصَّلُ بِهَا إِلَى الْإِصْلَاحِ بَيْنَ الْمُخْتَلِفَيْنِ ، وَيَتَنَوَّعُ أَنْوَاعًا ؛ صَلَاحُ بَيْنِ الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الْحَرْبِ ، وَصَلَحُ بَيْنِ أَهْلِ الْعَدْلِ وَأَهْلِ الْبَغْيِ ، وَصَلَحُ بَيْنِ الزَّوْجَيْنِ إِذَا خِيفَ الشُّقَاقُ بَيْنَهُمَا ، / قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا ﴾ ^(١) ، وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ ^(٢) . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَ حَرَامًا » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى بِمَثَلِ ذَلِكَ . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ ^(٤) عَلَى جَوَازِ الصُّلْحِ فِي هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا بَابٌ يُفْرَدُ لَهُ ، وَيُذَكَّرُ فِيهِ أَحْكَامُهُ . وَهَذَا الْبَابُ لِلصُّلْحِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ فِي الْأَمْوَالِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ ، وَصُلْحٌ عَلَى انْكَارٍ . وَلَمْ

(١) سورة الحجرات ٩ .

(٢) سورة النساء ١٢٨ .

(٣) في : باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٤ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الصلح ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٨ . كلاهما عن عمرو بن عوف المزني .

وأخرجه أبو داود ، في : باب في الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٧٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٣٦٦ . كلاهما عن أبي هريرة .

(٤) في ب ، م : « الأئمة » .

يُسَمُّ الْخَرْقِي الصُّلْحَ إِلَّا فِي الْإِنْكَارِ خَاصَّةً .

٨١٧ - مسألة ؛ قال : (وَالصُّلْحُ الَّذِي يَجُوزُ ، هُوَ أَنْ يَكُونَ لِلْمُدَّعَى حَقٌّ لَا يَعْلَمُهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَيَصْطَلِحَانِ عَلَى بَعْضِهِ ، فَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْهِ ، فَجَحْدُهُ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الصُّلْحَ عَلَى الْإِنْكَارِ صَحِيحٌ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَاوَضَ عَلَى مَالٍ يَثْبُتُ لَهُ ^(١) ، فَلَمْ تَصِحَّ الْمُعَاوَضَةُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَالٌ غَيْرُهُ ، وَلَأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ خَلَا عَنِ الْعَوَضِ فِي أَحَدِ جَانِبَيْهِ ، فَبُطِّلَ ، كَالصُّلْحِ عَلَى حَدِّ الْقَذْفِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ ﷺ : « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ » . فَيَدْخُلُ هَذَا فِي عُمُومِ قَوْلِهِ . فَإِنْ قَالُوا : فَقَدْ قَالَ : « إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا » . وَهَذَا دَاخِلٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَحَلَّ بِالصُّلْحِ . قُلْنَا : لَا نُسَلِّمُ دُخُولَهُ فِيهِ ، وَلَا يَصِحُّ حَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى مَا ذَكَرُوهُ لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَذَا يُوجَدُ فِي الصُّلْحِ بِمَعْنَى الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ يُحِلُّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ قَبْلَهُ ، وَكَذَلِكَ الصُّلْحُ بِمَعْنَى الْهَبَةِ ، فَإِنَّهُ يُحِلُّ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ مَا كَانَ حَرَامًا عَلَيْهِ ، وَالْإِسْقَاطُ يُحِلُّ لَهُ تَرْكُ أَدَاءِ مَا كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ لَوْ حَلَّ بِهِ الْمُحَرَّمُ ، لَكَانَ الصُّلْحُ صَحِيحًا ، فَإِنَّ الصُّلْحَ الْفَاسِدَ لَا يُحِلُّ الْحَرَامَ ، وَإِنَّمَا مَعْنَاهُ مَا يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى تَنَاوُلِ الْمُحَرَّمِ مَعَ بَقَائِهِ عَلَى تَحْرِيمِهِ ، كَمَا لَوْ صَالَحَهُ عَلَى اسْتِزْفَاقِ حُرٍّ ، أَوْ إِحْلَالِ بَضْعٍ مُحَرَّمٍ ، أَوْ صَالَحَهُ بِخَمْرِ أَوْ خِنْزِيرٍ . وَلَيْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ . وَعَلَى أَنَّهُمْ لَا يَقُولُونَ بِهَذَا ، فَإِنَّهُمْ يُبَيِّحُونَ لِمَنْ لَهُ حَقٌّ يَجْحَدُهُ غَرِيمُهُ ، أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ بِقَدَرِهِ أَوْ دُونِهِ ، فَإِذَا حَلَّ لَهُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ وَلَا عِلْمِهِ ، فَلَأَنْ يُحِلَّ بِرِضَاهُ وَبَذْلِهِ أَوَّلَى ، وَكَذَلِكَ ^(٢) إِذَا حَلَّ مَعَ / اعْتِرَافِ الْغَرِيمِ ، فَلَأَنْ يُحِلَّ مَعَ جَحْدِهِ وَعَجْزِهِ عَنِ الْوُصُولِ إِلَى حَقِّهِ إِلَّا بِذَلِكَ أَوَّلَى ، وَلَأَنَّ

٩٢/٤ ظ

(١) سقط من : ١ .

(٢) في ١ : « وذلك » .

الْمُدَّعَى هَهُنَا يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّهِ الثَّابِتِ لَهُ ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُهُ لِدَفْعِ الشَّرِّ عَنْهُ ، وَقَطْعُ الْخُصُومَةِ ، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِ ذَلِكَ فِي مَوْضِعٍ ، وَلَئِنَّ صَلَاحَ يَصِحُّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ ، فَصَحَّ مَعَ الْخَصْمِ ، كَالصَّلَاحِ مَعَ الْإِقْرَارِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ إِذَا صَحَّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ مَعَ غِنَا عَنْهُ ، فَلَا يَصِحُّ مَعَ الْخَصْمِ مَعَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ أَوَّلَى . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ مُعَاوَضَةٌ . قُلْنَا : فِي حَقِّهِمَا أَمْ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ؟ الْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ ، وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمُدَّعَى يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّهِ مِنَ الْمُنْكَرِ لِإِعْلَامِهِ بِثُبُوتِ حَقِّهِ عِنْدَهُ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ فِي حَقِّهِ ، وَالْمُنْكَرُ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ يَدْفَعُ الْمَالَ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ وَالْيَمِينِ عَنْهُ ، وَيُخْلَصُهُ مِنْ شَرِّ الْمُدَّعَى ، فَهُوَ أَبْرَأُ فِي حَقِّهِ ، وَغَيْرُ مُمْتَنِعٍ ثُبُوتُ الْمُعَاوَضَةِ فِي حَقِّ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ دُونَ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا شَهِدَ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَيَكُونُ مُعَاوَضَةً فِي حَقِّ الْبَائِعِ ، وَاسْتِنْقَادًا لَهُ مِنَ الرِّقِّ فِي حَقِّ الْمُشْتَرَى ، كَذَا هَهُنَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا يَصِحُّ هَذَا الصَّلَاحُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى مُعْتَقِدًا أَنَّ مَا ادَّعَاهُ حَقٌّ ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ لَا حَقَّ عَلَيْهِ ، فَيَدْفَعُ إِلَى الْمُدَّعَى شَيْئًا افْتِدَاءً لِيَمِينِهِ ، وَقَطْعًا لِلْخُصُومَةِ ، وَصِيَانَةً لِنَفْسِهِ عَنِ التَّبَدُّلِ ، وَحُضُورِ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ، فَإِنَّ ذَوِي النُّفُوسِ الشَّرِيفَةِ وَالْمُرُوءَةِ يَصْنَعُ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ ، وَيَرَوْنَ دَفْعَ ضَرَرِهَا عَنْهُمْ مِنْ أَعْظَمِ مَصَالِحِهِمْ ، وَالشَّرْعُ لَا يَمْنَعُهُمْ مِنْ وَقَايَةِ أَنْفُسِهِمْ وَصِيَانَتِهَا ، وَدَفْعِ الشَّرِّ عَنْهُمْ بِبَدْلِ أَمْوَالِهِمْ ، وَالْمُدَّعَى يَأْخُذُ ذَلِكَ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ الثَّابِتِ لَهُ ، فَلَا يَمْنَعُهُ الشَّرْعُ مِنْ ذَلِكَ أَيْضًا ، سَوَاءً كَانَ الْمَأْخُوذُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، بِقَدْرِ حَقِّهِ أَوْ دُونِهِ ، فَإِنْ أَخَذَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ بِقَدْرِهِ فَهُوَ مُسْتَوْفٍ لَهُ ، وَإِنْ أَخَذَ دُونَهُ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى بَعْضَهُ وَتَرَكَ بَعْضَهُ ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ فَقَدْ أَخَذَ عِوَضَهُ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَاهُ ؛ لِأَنَّ الرَّائِدَ لَا مُقَابِلَ لَهُ ، فَيَكُونُ ظَالِمًا بِأَخْذِهِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ جَارَ ، وَيَكُونُ بَيْنًا فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ؛ لِإِعْتِقَادِهِ أَخْذَهُ عِوَضًا ، فَيَلْزِمُهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ . فَإِنْ كَانَ الْمَأْخُوذُ شِقْصًا فِي دَارٍ أَوْ عَقَارٍ ، وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، وَإِنْ وَجَدَ بِهِ عَيْنًا فَلَهُ رَدُّهُ ، وَالرُّجُوعُ فِي دَعْوَاهُ ، وَيَكُونُ فِي حَقِّ الْمُنْكَرِ بِمَنْزِلَةِ الْإِبْرَاءِ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ الْمَالَ افْتِدَاءً لِيَمِينِهِ ، وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ ، لَا عِوَضًا عَنْ حَقِّ يَعْتَقِدُهُ ، فَيَلْزِمُهُ أَيْضًا حُكْمُ إِقْرَارِهِ . فَإِنْ وَجَدَ بِالْمُصَالِحِ عَنْهُ عَيْنًا ، لَمْ يَرْجَعْ / بِهِ عَلَى الْمُدَّعَى ؛

لَا عَيْقَادَهُ أَنَّهُ مَا أَخَذَ^(٣) عِوَضًا . وَإِنْ كَانَ شِقْصًا لَمْ تَثْبُتْ^(٤) فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُهُ عَلَى مَلَكِهِ ، لَمْ يَزَلْ ، وَمَا مَلَكَهُ بِالصُّلْحِ . وَلَوْ دَفَعَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ^(٥) إِلَى الْمُدْعَى^(٥) مَا ادَّعَاهُ أَوْ بَعْضَهُ ، لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حُكْمُ الْبَيْعِ ، وَلَا تَثْبُتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ ، وَأَخَذَ عَيْنَ مَالِهِ ، مُسْتَرْجِعًا لَهَا مِمَّنْ هِيَ عِنْدَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ يَبْعُثُ كَاسْتِرْجَاعِ الْعَيْنِ الْمَعْصُومَةِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ الْمُدْعَى شَيْئًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ،^(٦) أَوْ يُنْكِرُ^(٦) الْمُنْكِرُ حَقًّا يَعْلَمُ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ فِي الْبَاطِنِ ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى إِذَا كَانَ كَاذِبًا ، فَمَا يَأْخُذُهُ أَكُلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، أَخَذَهُ بِشَرِّهِ وَظُلْمِهِ وَدَعَاؤُهُ الْبَاطِلَةَ ، لَا عِوَضًا عَنْ حَقٍّ لَهُ ، فَيَكُونُ حَرَامًا عَلَيْهِ ، كَمَنْ خَوَّفَ رَجُلًا بِالْقَتْلِ حَتَّى أَخَذَ مَالَهُ . وَإِنْ كَانَ صَادِقًا ، وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ يَعْلَمُ صِدْقَهُ وَثُبُوتَ حَقِّهِ ، فَجَحْدُهُ لَيَنْتَقِصَ حَقُّهُ ، أَوْ يُرْضِيَهُ عَنْهُ بِشَيْءٍ ، فَهُوَ هَضْمٌ لِلْحَقِّ ، وَأَكْلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ حَرَامًا ، وَالصُّلْحُ بَاطِلٌ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ مَالُ الْمُدْعَى بِذَلِكَ . وَقَدْ ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ فَقَالَ^(٧) :

« وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْهِ فَجَحْدُهُ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ » . يَعْنِي فِي الْحَقِيقَةِ ، وَأَمَّا الظَّاهِرُ لَنَا فَهُوَ الصَّحَّةُ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ بِاطْنِ الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يَنْبَنِي الْأَمْرُ عَلَى الظَّوَاهِرِ ، وَالظَّاهِرُ مِنَ الْمُسْلِمِ السَّلَامَةُ .

فصل : وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ وَدِيعَةً ، أَوْ قَرْضًا ، أَوْ تَفْرِيطًا فِي وَدِيعَةٍ أَوْ مُضَارَبَةٍ ، فَأُنْكِرَهُ ، وَاصْطَلَحَا ، صَحَّ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُنْكِرِ أَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، سِوَاءِ اعْتَرَفَ لِلْمُدْعَى بِصِحَّةِ دَعَاؤِهِ أَوْ لَمْ يَعْتَرَفْ ، وَسِوَاءِ كَانَ بِإِذْنِهِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنَّمَا يَصِحُّ

(٣) فِي ب : : أَخَذَهُ .

(٤) فِي ب : : تَجِبَ .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : ، ب ، م .

(٦-٦) فِي ب ، م : : وَيُنْكِرُ .

(٧) فِي أ ، م : : فِي قَوْلِهِ .

إذا اعترفَ للمُدَّعي بِصِدْقِهِ ، وهذا مَبْنِيٌّ عَلَى صَلَاحِ الْمُنْكَرِ ، وقد ذَكَرْنَاهُ . ثم لا يَخْلُو الصَّلَاحُ ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ ذَنْبٍ أَوْ عَيْنٍ ، فَإِنْ كَانَ عَنْ ذَنْبٍ ، صَحَّ ، سواءً كَانَ بِإِذْنِ الْمُنْكَرِ ، أَوْ بغيرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ عَنْ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ وَبغيرِ إِذْنِهِ ، فَإِنْ عَلِيًّا وَأَبَا قَتَادَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَضَيَا عَنْ الْمَيِّتِ ، فَأَجَازَهُ النَّبِيُّ ﷺ ^(٨) ، وَإِنْ كَانَ الصَّلَاحُ عَنْ عَيْنٍ بِإِذْنِ الْمُنْكَرِ ، فَهُوَ كَالصَّلَاحِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ . وَإِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِ ، فَهُوَ افْتِدَاءٌ لِلْمُنْكَرِ مِنَ الْخُصُومَةِ ، وَإِبْرَاءٌ لَهُ مِنَ الدَّعْوَى ، وَذلك جَائِزٌ . وَفِي الْمَوْضِعَيْنِ ، إِذَا صَلَّحَ عَنْهُ بغيرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى عَنْهُ مَا لَا يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ . وَخَرَّجَهُ الْقَاضِي أَبُو الْخَطَّابِ عَلَى الرَّوَّائَتَيْنِ ، فِيمَا إِذَا قَضَى ذَيْنَهُ الثَّابِتَ بغيرِ إِذْنِهِ ، / وليس هذا بِجَيِّدٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَمْ يَثْبُتْ وَجُوبُهُ عَلَى الْمُنْكَرِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ إِلَى الْمُدَّعِي ، فَكَيْفَ يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ إِلَى غَيْرِهِ ! وَلأنَّهُ أَدَّى عَنْهُ مَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ ، فَكَانَ مُتَبَرِّعًا ، كَمَا لَوْ تَصَدَّقَ عَنْهُ . وَمَنْ قَالَ بِرُجُوعِهِ ، فَإِنَّهُ يَجْعَلُهُ كَالْمُدَّعِي فِي الدَّعْوَى عَلَى الْمُنْكَرِ لَا غَيْرُ ، أَمَّا أَنْ يَجِبَ لَهُ الرُّجُوعُ بِمَا أَدَاهُ حَتْمًا ، فَلَا وَجْهَ لَهُ أَصْلًا ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يَجِبُ لِمَنْ قَضَى ذَيْنَ غَيْرِهِ أَنْ يَقُومَ مَقَامَ صَاحِبِ الدَّيْنِ ، وَصَاحِبُ الدَّيْنِ هُنَا لَمْ يَجِبْ لَهُ حَقٌّ ، وَلَا لَزِمَ الْأَدَاءُ إِلَيْهِ ، وَلَا يَثْبُتُ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ جَوَازِ الدَّعْوَى ، فَكَذلكَ هَذَا . وَيُسْتَرْطُ فِي جَوَازِ الدَّعْوَى أَنْ يَعْلَمَ صِدْقَ الْمُدَّعِي ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ دَعْوَى بِشَيْءٍ لَا يَعْلَمُ بُبُوءَهُ . وَأَمَّا إِذَا صَلَّحَ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، فَهُوَ وَكِيلُهُ ، وَالتَّوَكُّلُ فِي ذَلِكَ جَائِزٌ . ثُمَّ إِنْ أَدَّى عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ ^(٩) ، وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ أَدَّى عَنْهُ بغيرِ إِذْنِهِ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجَعْ بِشَيْءٍ ، وَإِنْ قَضَاهُ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ ، خُرُجَ عَلَى الرَّوَّائَتَيْنِ فِي مَنْ قَضَى ذَيْنَ غَيْرِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ

٩٣/٤ ظ

(٨) حديث على أخرجه البيهقي ، في : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٣ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٧٨ .

وحديث أبي قتادة ، أخرجه البخاري ، في : باب إن أحوال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة . صحيح البخاري ٣ / ١٢٣ ، ١٢٤ . وأحمد ، في : المسند ٣ / ٣٣٠ . والبيهقي ، في : باب ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق ، وباب الضمان عن الميت ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٤ ، ٧٥ . والحاكم ، في : باب التشديد في أداء الدين ، من كتاب البيوع . المستدرک ٢ / ٥٨ .

(٩) في ١ : عليه .

وَجَبَ عَلَيْهِ أَدَاؤُهُ بِعَقْدِ الصُّلْحِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ وَقَضَى بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَإِنَّهُ قَضَى مَا لَا يَجِبُ عَلَى الْمُنْكَرِ قَضَاؤُهُ .

فصل : وَإِنْ صَالَحَ الْأَجْنَبِيُّ الْمُدَّعَى لِنَفْسِهِ ؛ لِتَكُونِ الْمُطَالَبَةُ لَهُ ، فَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَعْتَرَفَ لِلْمُدَّعَى بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، أَوْ لَا يَعْتَرَفَ لَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْتَرَفْ لَهُ ، كَانَ الصُّلْحُ بَاطِلًا ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَرِي مِنْهُ مَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ ، وَلَمْ تَتَوَجَّهْ إِلَيْهِ خُصُومَةٌ يَفْتَدِي مِنْهَا ، فَأَشْبَهَ مَالُو اشْتَرَى مِنْهُ مِلْكٌ غَيْرِهِ . وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، وَكَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَا يَقْدِرُ الْبَائِعُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، وَلِأَنَّهُ بَيَعَ لِلدَّيْنِ ^(١٠) مِنْ غَيْرِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يَصِحُّ . وَلَيْسَ بِجَيِّدٍ ؛ لِأَنَّ بَيَعَ الدَّيْنِ الْمُقَرَّبَ مِنْ غَيْرِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ لَا يَصِحُّ ، فَبَيَعَ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ مُنْكَرٍ مَعْجُوزٍ عَنْ قَبْضِهِ أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا ، فَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعَى : أَنَا أَعْلَمُ أَنَّكَ صَادِقٌ ، فَصَالِحِنِي عَنْهَا ، فَإِنِّي قَادِرٌ عَلَى اسْتِنْفَازِهَا مِنَ الْمُنْكَرِ . فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَصِحُّ الصُّلْحُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ مِلْكَهُ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ . ثُمَّ إِنْ قَدَرَ عَلَى انْتِزَاعِهِ ، اسْتَقَرَّ الصُّلْحُ ، وَإِنْ عَجَزَ ، كَانَ لَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ الرَّجُوعُ / إِلَى بَدَلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ كَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي هُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى قَبْضِهِ مَعْدُومٌ حَالِ الْعَقْدِ ، فَكَانَ فَاسِدًا ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدُهُ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ آبِقٌ ، أَوْ مَيِّتٌ . وَلَوْ اعْتَرَفَ لَهُ بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ اسْتِيفَاؤُهُ ، لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَا يُمَكِّنُهُ قَبْضُهُ ^(١١) ، فَأَشْبَهَ شِرَاءَ الْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ . فَإِنْ اشْتَرَاهُ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ قَبْضِهِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ قَبْضَهُ مُمَكِّنٌ ، صَحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَنَاولَ مَا يُمَكِّنُ قَبْضَهُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَلِمَا ^(١٢) ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ ظَنَّ عَدَمَ الشَّرْطِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو بَاعَ عَبْدًا يَظُنُّ أَنَّهُ حُرٌّ ، أَوْ أَنَّهُ عَبْدٌ غَيْرِهِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَبْدُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّ الْبَيْعَ يَفْسُدُ بِالْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِ

٩٤/٤ و

(١٠) فِي ب : « الدَّيْنِ » .

(١١) فِي م زِيَادَةٌ : « مِنْهُ » .

(١٢) فِي ب ، م : « عَلِمَا » .

المبيع ، وبين من لم يعلم ذلك ؛ لأن من يعلم ذلك يعتقده فساد البيع والشراء ، فكان بيعه فاسداً ؛ لكونه متلاعبا بقوله ، معتقداً فسادَهُ ، ومن لا يعلم يعتقده صحيحاً ، وقد تبين اجتماع شروطه ، فصَحَّ ، كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

فصل : فإن قال الأجنبي للمدعى : أنا وكيل المدعى عليه في مصالحك عن هذه العين ، وهو مقر لك بها ، وإنما يجحدُها في الظاهر . فظاهر كلام الخرقى أن الصلح لا يصح ؛ لأنه يجحدُها في الظاهر لينتقص المدعى بعض حقه ، أو يشتريه بأقل من (١٣) ثمنه ، فهو هاضم للحق ، يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان ، فهو بمنزلة ما لو شافههُ بذلك ، فقال : أنا أعلم صحة دعواك ، وأن هذا لك ، ولكن لا أسلمه إليك ، ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه ، أو عوض عنه . وقال القاضي : يصح . وهذا مذهب الشافعي . قالوا : ثم ينظر إلى المدعى عليه ، فإن صدقه على ذلك ، ملك العين ، (١٤) 'ورجع الأجنبي عليه' بما أذى عنه ، إن كان أذن له في الدفع ، وإن أنكر الإذن في الدفع ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه . وإن أنكر الوكالة ، فالقول قوله مع يمينه ، وليس للأجنبي الرجوع عليه ، ولا يحكم له بملكها . فأما حكم ملكها في الباطن ، فإن كان وكل الأجنبي في الشراء ، فقد ملكها ؛ لأنه اشتراها بإذنه ، فلا يقدح إنكاره في ملكها ؛ لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وإنما هو ظالم بالإتكار للأجنبي ، وإن كان لم يوكله ، لم يملكها ؛ لأنه اشترى له / عيناً بغير إذنه . ويحتمل أن يقف على إجازته ، كما قلنا في من اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بضمن في ذمته ، فإن أجازهُ ، لزم في حقه ، وإن لم يجزه ، لزم من اشتراه . وإن قال الأجنبي للمدعى : قد عرف المدعى عليه صحة دعواك ، وهو يسألك أن تصالحه عنه ، وقد وكلني في المصالحة عنه . فصالحه ، صح ، وكان الحكم كما ذكرنا ؛ لأنه

٩٤/٤ ظ

(١٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٤-١٤) في ا ، م ، : ورجع على الأجنبي وعليه .

هَهُنَا لَمْ يَمْتَنِعَ مِنْ أَدَائِهِ ، بَلِ اعْتَرَفَ بِهِ ، وَصَالَحَهُ عَلَيْهِ ، مَعَ بَذْلِهِ لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَجْعَلْهُ .

٨١٨ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اعْتَرَفَ بِحَقِّ ، فَصَالَحَ عَلَى بَعْضِهِ ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ صُلْحًا ؛ لِأَنَّهُ هَضَمَ لِلْحَقِّ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ مَنْ اعْتَرَفَ بِحَقِّ ، وَامْتَنَعَ مِنْ أَدَائِهِ حَتَّى صُولِحَ عَلَى بَعْضِهِ ، فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ صَالَحَ عَنْ بَعْضِ مَالِهِ بِنَعْضٍ ، وَهَذَا مُحَالٌ ^(١) ، وَسَوَاءٌ كَانَ بَلْفِظِ الصُّلْحِ ، أَوْ بَلْفِظِ الْإِبْرَاءِ ، أَوْ بَلْفِظِ الْهَبَةِ الْمَقْرُونِ بِشَرْطٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أُبْرَأُكَ عَنْ خُمْسِمَائِهِ ، أَوْ وَهَبْتُ لَكَ خُمْسِمَائِهِ ، بِشَرْطِ أَنْ تُعْطِيَنِي مَا بَقِيَ . وَلَوْ لَمْ يَشْتَرْطْ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُعْطِ بَعْضَ حَقِّهِ إِلَّا بِإِسْقَاطِهِ ^(٢) بَعْضَهُ ، فَهُوَ حَرَامٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ هَضَمَ حَقَّهُ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ^(٣) : الصُّلْحُ عَلَى الْإِقْرَارِ هَضَمٌ لِلْحَقِّ ، فَمَتَى أَلْزَمَ الْمُقَرَّرُ لَهُ تَرْكَ بَعْضِ حَقِّهِ ، فَتَرَكَهُ عَنْ غَيْرِ طَيْبٍ نَفْسِهِ ^(٤) ، لَمْ يَطِيبِ الْأُخْذُ . وَإِنْ تَطَوَّعَ الْمُقَرَّرُ لَهُ بِإِسْقَاطِ بَعْضِ حَقِّهِ بِطَيْبٍ مِنْ نَفْسِهِ ، جَازَ ، غَيْرَ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِصُّلْحٍ ، وَلَا مِنْ بَابِ الصُّلْحِ بِسَبِيلٍ . وَلَمْ يُسَمَّ الْخَرْقِيُّ الصُّلْحَ إِلَّا فِي الْإِنْكَارِ ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ ، فَأَمَّا فِي الْاعْتِرَافِ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ بِشَيْءٍ ، وَقَضَاهُ مِنْ جِنْسِهِ ، فَهُوَ وَقَاءٌ ، وَإِنْ قَضَاهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَهِيَ مُعَاوَضَةٌ ، وَإِنْ أُبْرَأَ مِنْ بَعْضِهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، وَاسْتَوْفَى الْبَاقِيَ ، فَهُوَ إِبْرَاءٌ ، وَإِنْ وَهَبَ لَهُ بَعْضَ الْعَيْنِ ، وَأَخَذَ بَاقِيَهَا بِطَيْبِ نَفْسٍ ، فَهِيَ هَبَةٌ ، فَلَا يُسَمَّى ذَلِكَ صُلْحًا . وَنَحْوُ ذَلِكَ قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَسَمَّاهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ صُلْحًا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَغَيْرِهِ ؛ وَالْخِلَافُ فِي التَّسْمِيَةِ ، أَمَّا الْمَعْنَى فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، وَهُوَ فِعْلٌ مَاعِدًا وَقَاءَ الْحَقِّ ، وَإِسْقَاطُهُ عَلَى وَجْهِ يَصِيحُّ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ مُعَاوَضَةٌ ، وَإِبْرَاءٌ ، وَهَبَةٌ .

(١) المحال ، بكسر الميم : الكيد وزوم الأمر بالحيل .

(٢) في ب : : بإسقاط .

(٣) في ب ، م : : إسحاق .

(٤) في انبادة : : منه . ولعل قراءة الجملة : : نفس منه .

فَأَمَّا الْمُعَاوَضَةُ ، فهو أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بَعِيْنٌ فِي يَدِهِ ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ يَتَّفِقَانِ عَلَى تَعْوِيضِهِ عَنْ ذَلِكَ بِمَا يَجُوزُ تَعْوِيضُهُ بِهِ ، وَهَذَا ثَلَاثَةُ أَضْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَعْتَرِفَ / لَهُ بِأَحَدِ التَّقْدِيْنِ ، فَيُصَالِحَهُ [عَلَى] الْآخَرِ ، نَحْوُ أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَيُصَالِحَهُ مِنْهَا بِعَشْرَةِ دَنَانِيرٍ ، أَوْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِعَشْرَةِ دَنَانِيرٍ ، فَيُصَالِحَهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَهَذَا أَصْرَفٌ ، يُشْتَرَطُ لَهُ شَرْوُطُ الصَّرْفِ ، مِنَ التَّفَاقُضِ فِي الْمَجْلِسِ وَنَحْوِهِ . الثَّانِي ، أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِعُرُوضٍ ، فَيُصَالِحَهُ عَلَى أَثْمَانٍ ، أَوْ بِأَثْمَانٍ ، فَيُصَالِحَهُ عَلَى عُرُوضٍ ، فَهَذَا بَيْعٌ يَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ . وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِدَيْنٍ ، فَصَالِحَهُ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ ، لَمْ يَجْزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . الثَّلَاثُ . أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى سُكْنَى دَارٍ ، أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ ، وَنَحْوِهِ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ لَهُ عَمَلًا مَعْلُومًا ، فَيَكُونُ ذَلِكَ إِجَارَةً ، لَهَا حُكْمُ سَائِرِ الْإِجَارَاتِ ، وَإِذَا أُتْلِفَ ^(٥) الدَّارُ أَوِ الْعَبْدُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ شَيْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ ، وَرَجَعَ بِمَا صَالَحَ عَنْهُ . وَإِنْ تَلِفَتْ ^(٦) بَعْدَ اسْتِيفَاءِ شَيْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتْ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، وَرَجَعَ بِقِسْطِ مَا بَقِيَ . وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ جَارِيَتَهُ ، وَهُوَ مَمْنٌ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، صَحَّ . وَكَانَ الْمُصَالِحُ عَنْهُ صَدَاقَهَا ^(٧) ، فَإِنْ انْفَسَخَ النِّكَاحُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِأَمْرِ يُسْقِطُ الصَّدَاقَ ، رَجَعَ الزَّوْجُ بِمَا صَالَحَ عَنْهُ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ بِنِصْفِهَا ، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَرِفُ امْرَأَةً ، فَصَالَحَتْ الْمُدَّعَى عَلَى أَنْ تُزَوِّجَهُ نَفْسَهَا ، جَازَ . وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَرِفُ بِهِ عَيِّيًا فِي مَبِيعِهَا ، فَصَالَحَتْهُ عَلَى نِكَاحِهَا ، صَحَّ . فَإِنْ زَالَ الْعَيْبُ ، رَجَعَتْ بِأَرْشِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ صَدَاقُهَا ، فَرجعت به ، لَا بِمَهْرٍ مِثْلِهَا . وَإِنْ لَمْ يَزَلِ الْعَيْبُ ، لَكِنْ انْفَسَخَ نِكَاحُهَا بِمَا يُسْقِطُ صَدَاقَهَا ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِأَرْشِهِ .

(٥) فِي ب : « أَتْلَفَتْ » .

(٦) فِي ب : « تَلَفَ » .

(٧) فِي ب : « صَدَاقًا » .

القسم الثاني ، الإبراء ، وهو أن يَعْتَرَفَ له بِدَيْنٍ في ذِمَّتِهِ ، فيقول : قد أبرأتك من نصفه أو جزءٍ مُعَيَّنٍ منه ، فَأَعْطِنِي ما بَقِيَ . فيَصِحُّ إذا كانتِ البراءة مُطْلَقَةً من غير شَرْطٍ . قال أَحْمَدُ : إذا كان لِلرَّجُلِ على الرَّجُلِ الدَّيْنُ ، ليس عنده وفاءٌ فَوَضَعَ عنه بعضَ حَقِّه ، وأَخَذَ منه الباقِي ، كان ذلك جَائِزًا لهما ، ولو فَعَلَ ذلك قَاضٍ ، لم يَكُنْ عليه في ذلك إثمٌ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ ^(٨) كَلَّمَ غُرَمَاءَ جَابِرٍ لِيَضْعُوعًا عنه ، فَوَضَعُوا عنه الشُّطْرَ ^(٩) . وفي الذي أُصِيبَ في حَدِيثِهِ فَمَرَّ به النَّبِيُّ ﷺ ، وهو مَلْزُومٌ ، فَأَشَارَ إلى غُرَمَائِهِ بالنُّصْفِ ، فَأَخَذُوهُ منه ^(١٠) . فإن فَعَلَ ذلك / قَاضٍ اليوم ، جَازَ إذا كان على وَجْهِ الصُّلْحِ والنَّظَرِ لهما . وَرَوَى يُوسُفُ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن عَبْدِ اللَّهِ بنِ كَعْبٍ ، عن أَبِيهِ ، أَنَّهُ تَقَاضَى ابنُ أَبِي حَذَرْدٍ دَيْنًا كان له ^(١١) عليه في المَسْجِدِ ، فَارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا حتَّى سَمِعَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَخَرَجَ إِلَيْهِمَا ، ثُمَّ نَادَى : « يَا كَعْبُ » . قال : لَبَّيْكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَأَشَارَ إِلَيْهِ ، أَن ضَعِ الشُّطْرَ من دَيْنِكَ . قال : قد فَعَلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ . قال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « قُمْ فَأَعْطِهِ » ^(١٢) . فإن قال : على أن تُوفِّيَنِي ما بَقِيَ بَطْلًا ؛ لأنَّه ما أبرأه عن

ظ ٩٥/٤

(٨) في ١ ، ب زيادة : « قد » .

(٩) وضع الشطر يأق في قضية ابن أبي حذرد ، وحديث جابر ليس في قضاء بعض الدين وتأخير البعض ، وأخرجه البخاري ، في : باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز ، وباب إذا قاضي أو جازفه في الدين ثم اتمر أو غيره ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب إذا وهب ديناً على رجل ، من كتاب الهبة ، وفي : باب الصلح بين الغرماء ، من كتاب الصلح ، وفي : باب علامات النبوة في الإسلام ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ٣ / ١٥٤ ، ٢١٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٤ / ٢٣٥ . وأبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يموت وعليه دين ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ٢ / ١٠٧ . والنسائي ، في : باب قضاء الدين قبل الميراث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦ / ٢٠٥ . وابن ماجه ، في : باب أداء الدين عن الميت ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١٣ ، ٨١٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣١٣ .

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يلحقه الدين فيحط عنه ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٧ / ٣١٩ . وابن حجر ، في : باب القراض ، من كتاب البيوع . المطالب العالية ١ / ٤١٩ .

(١١) سقط من : م .

(١٢) أخرجه البخاري ، في : باب التقاضي والملازمة في المسجد ، وباب رفع الصوت في المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب كلام الخصوم بعضهم في بعض ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخاري ١ / ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ٣ / ١٦٠ ، ٢٤٦ . ومسلم ، في : باب =

بعض الحقِّ إِلَّا لِوُفَّيْهِ بَقِيَّتُهُ ، فكأنه عَاوَضَ^(١٣) بعضَ حَقِّه ببعض .
القسم الثالث ، الهبة . وهو أن يكون له في يده عَيْنٌ ، فيقول : قد وَهَبْتُكَ نَصْفَهَا ،
فَأَعْطَيْتَنِي بَقِيَّتَهَا . فيصِحُّ ، ويُعْتَبَرُ له شَرْطُ الهبة . وإن أَخْرَجَهُ مَخْرَجَ الشَّرْطِ ، لم
يَصِحِّحْ . وهذا مذهب الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه إذا شَرَطَ في الهبة الوفاءَ جَعَلَ الهبةَ عَوْضًا عن الوفاءِ
به^(١٤) ، فكأنَّه عَاوَضَ^(١٥) بعضَ حَقِّه ببعض . وإن أَبْرَأَهُ من بعضِ الدَّيْنِ ، أو وَهَبَ له
بعضَ العَيْنِ بِلَفْظِ الصُّلْحِ ، مثل أن يقول : صَالِحْنِي بِنَصْفِ دَيْنِكَ عَلَيَّ ، أو بِنَصْفِ
دَارِكَ هذه . فيقول : صَالِحْتُكَ بِذَلِكَ . لم يَصِحِّحْ . ذَكَرَهُ القاضِي وابنُ عَقِيلٍ . وهو قول
بعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وقال أَكْثَرُهُمْ : يجوزُ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه إذا لم يَجْزُ بِلَفْظِهِ خَرَجَ
عن أن يكونَ صُلْحًا ، ولا يَبْقَى له تَعَلُّقٌ به ، فلا يُسَمَّى صُلْحًا ، أما إذا كان بِلَفْظِ الصُّلْحِ
سُمِّيَ صُلْحًا ؛ لَوْجُودِ اللَّفْظِ ، وإن تَخَلَّفَ الْمَعْنَى ، كَالهبةِ بِشَرْطِ الثَّوَابِ ، وإنَّما
يَقْتَضِي لَفْظُ الصُّلْحِ الْمُعَاوَضَةَ إذا كان ثَمَّ عَوْضٌ ، أمَّا مع عَدَمِهِ فلا . وإنَّما مَعْنَى
الصُّلْحِ الاتِّفَاقُ والرِّضَا ، وقد يَحْصُلُ هذا من غيرِ عَوْضٍ ، كالتَّمْلِيكِ إذا كان بِعَوْضٍ
سُمِّيَ بَيْعًا ، وإن خَلَا عن العَوْضِ سُمِّيَ هِبَةً . ولنا ، أن لَفْظَ الصُّلْحِ يَقْتَضِي
المُعَاوَضَةَ ؛ لأنَّه إذا قال : صَالِحْنِي بِهَبَةٍ كَذَا ، أو على^(١٦) هِبَةٍ كَذَا ، أو على^(١٧) نَصْفِ
هذه العَيْنِ ، ونحو هذا . فقد أَضَافَ إليه بِالمُقَابَلَةِ ، فَصَارَ كَقَوْلِهِ : بِعْنِي بِأَلْفٍ . وإن
أَضَافَ إليه « عَلَى » جَزَى مَجْرَى الشَّرْطِ . كقوله تعالى : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا
عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾^(١٧) . وَكِلَاهُمَا لَا يَجُوزُ ؛ بِدَلِيلِ مَا لَوْ صَرَّحَ بِلَفْظِ

= استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٩٢ . وأبو داود ، في : باب في
الصلح ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٧٣ . والنسائي ، في : باب حكم الحاكم في داره ، من كتاب
القضاة . المجتبى ٨ / ٢١٠ . وابن ماجه ، في : باب الحبس في الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن
ماجه ٢ / ٨١١ . والدارمي ، في : باب في إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٦١ . والإمام
أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٩٠ .

(١٣) في الأصل ، ا ، م : « عارض » تحريف .

(١٤) سقط من : ا ، ب .

(١٥) في الأصل ، م : « عارض » .

(١٦-١٧) سقط من : م .

(١٧) سورة الكهف ٩٤ .

الشَّرْطُ أَوْ بِلَفْظِ الْمُعَاوَضَةِ^(١٨) . وقولهم : إنه يُسَمَّى صُلْحًا . مَمْنُوعٌ ، وإن سُمِّيَ صُلْحًا فمَجَازٌ ؛ لِتَضَمُّنِهِ قَطْعَ التَّرَاجِ وَإِزَالَةَ الْخُصُومَةِ . وقولهم : إن الصُّلْحَ لَا / يَقْتَضِي الْمُعَاوَضَةَ . قلنا : لَا نُسَلِّمُ . وإن سَلَّمْنَا لَكِنِ الْمُعَاوَضَةُ حَصَلَتْ مِنْ اقْتِرَانِ حَرْفِ الْبَاءِ ، أَوْ عَلَى ، أَوْ نَحْوِهِمَا^(١٩) ، فَإِنَّ لَفْظَةَ الصُّلْحِ تَحْتَاجُ إِلَى حَرْفٍ تُعَدِّي بِهِ ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي الْمُعَاوَضَةَ ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ .

فصل : وإن ادَّعى على رَجُلٍ بَيْتًا ، فَصَالَحَهُ عَلَى بَعْضِهِ ، أَوْ عَلَى بِنَاءِ غُرْفَةٍ فَوْقَهُ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهُ سَنَةً ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُصَالِحُهُ مِنْ مِلْكِهِ عَلَى مِلْكِهِ أَوْ مَنَفَعَتِهِ . وإن أَسْكَنَهُ كَانَ تَبَرُّعًا مِنْهُ ، مَتَى شَاءَ أَخْرَجَهُ مِنْهَا . وإن أَعْطَاهُ بَعْضَ دَارِهِ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، فَمَتَى شَاءَ انْتَزَعَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ عَوَضًا عَمَّا لَا يُصْلَحُ عَوَضًا عَنْهُ . وإن فَعَلَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ الْمُصَالَحَةِ ، مُعْتَقِدًا أَنَّ ذَلِكَ وَجِبَ عَلَيْهِ^(٢٠) بِالصُّلْحِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ^(٢١) بِأَجْرِ مَا سَكَنَ وَأَجَرَ مَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الدَّارِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، فَاشْتَبَهَ الْمَبِيعَ الْمَأْخُودَ بِعَقْدِ فَاسِدٍ ، وَسُكْنَى الدَّارِ بِاجَارَةِ فَاسِدَةٍ . وإن بَنَى فَوْقَ الْبَيْتِ غُرْفَةً ، أُجِبَ عَلَى نَقْضِهَا . وإذا آجَرَ السُّطْحَ مُدَّةً مَقَامِهِ فِي يَدِهِ ، فَلَهُ أَخْذُ آلَتِهِ . وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُصَالِحَهُ صَاحِبُ الْبَيْتِ عَنْ بِنَائِهِ بِعَوَضٍ ، جَازَ . وإن بَنَى الْغُرْفَةَ بِتُرَابٍ مِنْ أَرْضِ صَاحِبِ الْبَيْتِ وَآلَتِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ بِنَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ لِصَاحِبِ الْبَيْتِ . وإن أَرَادَ نَقْضَ الْبِنَاءِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، إِذَا أَبْرَأَهُ الْمَالِكُ مِنْ ضَمَانٍ مَا يَتَلَفُ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ نَقْضَهُ ، كَقَوْلِنَا فِي الْعَاصِبِ .

فصل : وإذا صَالَحَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ، صَحَّ ، وَكَانَتْ إِجَارَةً . وقد ذَكَرْنَا ذَلِكَ . فَإِنْ بَاعَ الْعَبْدُ فِي السَّنَةِ ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَيَكُونُ الْمُشْتَرِي مَسْلُوبَ الْمَنَفَعَةِ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ،

(١٨) فِي النسخ : « المعارضة » .

(١٩) سقط من : ١ .

(٢٠-٢١) سقط من : الأصل ، ١ ، م .

وَلِلْمُسْتَأْجِرِ اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَتِهِ إِلَى انْقِضَاءِ مُدَّتِهِ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ أُمَّتُهُ ثُمَّ بَاعَهَا . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ
 الْمُشْتَرَى بِذَلِكَ ، فَلَهُ الْقَسْحُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْبٌ . وَإِنْ أُعْتِقَ الْعَبْدُ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، تَفَدَّ عَتَقَهُ ؛
 لِأَنَّهُ مَمْلُوكُهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَصَحَّ عَتَقُهُ لغيرِهِ ، وَلِلْمُصَالِحِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ نَفْعَهُ فِي الْمُدَّةِ ، لِأَنَّهُ
 أُعْتَقَهُ بَعْدَ أَنْ مَلَكَ مَنْفَعَتَهُ لغيرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُوهُ أَعْتَقَ الْأُمَّةَ الْمَزُوجَةَ لِحُرٍّ . وَلَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ
 عَلَى سَيِّدِهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مَا زَالَ مِلْكُهُ بِالْعَتَقِ إِلَّا عَنِ الرَّقَبَةِ ، وَالْمَنَافِعُ حِينَئِذٍ مَمْلُوكَةٌ لغيرِهِ ،
 فَلَمْ تَتَلَفْ مَنَافِعُهُ بِالْعَتَقِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، وَإِنْ أُعْتَقَهُ مُسْلُوبُ الْمَنْفَعَةِ ، / فَلَمْ يَرْجِعْ
 بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ أُعْتِقَ زَمِنًا أَوْ مَقْطُوعَ الْيَدَيْنِ ، أَوْ أُعْتِقَ أُمَّةٌ مَزُوجَةٌ ، وَذَكَرَ الْقَاضِي وَابْنُ
 عَقِيلٍ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأَخْرِ مِثْلِهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ
 اقْتَضَى إِزَالََةَ مِلْكِهِ عَنِ الرَّقَبَةِ وَالْمَنْفَعَةِ جَمِيعًا ، فَلَمَّا لَمْ تَحْصُلِ الْمَنْفَعَةُ لِلْعَبْدِ هَهُنَا ،
 فَكَانَتْ حَالُ بَيْنِهِ وَبَيْنَ مَنْفَعَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ إِعْتَاقَهُ لَمْ يُصَادِفْ لِلْمُعْتَقِ سِوَى مِلْكِ الرَّقَبَةِ ، فَلَمْ
 يُؤْثَرْ إِلَّا فِيهِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِرَقَبَةِ عَبْدٍ ^(٢١) وَلَا آخَرَ بِنَفْعِهِ ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ الرَّقَبَةِ ، وَكَمَا
 لَوْ أُعْتِقَ أُمَّةٌ مَزُوجَةٌ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ اقْتَضَى زَوَالَ الْمِلْكِ عَنِ الْمَنْفَعَةِ . قُلْنَا : إِنَّمَا يَقْتَضِي
 ذَلِكَ إِذَا كَانَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ ^(٢٢) ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مَمْلُوكَةً لغيرِهِ فَلَا يَقْتَضِي إِعْتَاقَهُ إِزَالََةَ مَا لَيْسَ
 بِمَوْجُودٍ ، وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَبْدَ مُسْتَحَقٌّ ، تَبَيَّنَ بَطْلَانُ الصَّلْحِ لِفَسَادِ الْعَوَاضِ ، وَرَجَعَ
 الْمُدْعَى فِيمَا أَقْرَّ لَهُ بِهِ . وَإِنْ وَجَدَ الْعَبْدَ مَعِينًا عَيْنًا تَنْقُصُ بِهِ الْمَنْفَعَةُ ، فَلَهُ رَدُّهُ وَفَسْخُ
 الصَّلْحِ . وَإِنْ صَالَحَ عَلَى الْعَبْدِ بِعَيْنِهِ ، صَحَّ الصَّلْحُ ، وَيَكُونُ بَيْعًا . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا
 خَرَجَ مُسْتَحَقًّا أَوْ ظَهَرَ بِهِ غَيْبٌ ، كَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا ادَّعَى زَرْعًا فِي يَدِ رَجُلٍ ، فَأَقْرَّ لَهُ بِهِ ، ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهُ عَلَى دَرَاهِمَ ، جَازَ
 عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَجُوزُ بِهِ بَيْعُ الزَّرْعِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ كَانَ الزَّرْعُ فِي يَدِ
 رَجُلَيْنِ ، فَأَقْرَّ لَهُ أَحَدُهُمَا بِنَصْفِهِ ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ اسْتِدَادِ حَبِّهِ ، لَمْ يَجْزِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ
 صَالَحَهُ عَلَيْهِ بِشَرْطِ التَّبَيُّعَةِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ ، لَمْ يَجْزِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ
 كَذَلِكَ . وَإِنْ شَرْطَ الْقَطْعَ لَمْ يَجْزِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ قَطْعُهُ إِلَّا بِقَطْعِ زَرْعِ الْآخَرِ . وَلَوْ كَانَ

(٢١) فِي ب : « عَبْدُهُ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

الزَّرْعُ لَوَاحِدٍ ، فَأَقَرَّ لِلْمُدَّعَى بِنُصْفِهِ ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَنْهُ بِنُصْفِ الْأَرْضِ ، لِیَصِيرَ الزَّرْعُ كُلَّهُ لِلْمُقَرَّرِ ، وَالْأَرْضُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ جَازًا ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ كُلَّهُ لِلْمُقَرَّرِ ، فَجَازَ شَرْطُ قَطْعِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ فِي الزَّرْعِ مَا لَيْسَ بِمَبِيعٍ ، وَهُوَ النُّصْفُ الَّذِي لَمْ يُقَرَّرْ بِهِ ، وَهُوَ فِي النُّصْفِ الْبَاقِي لَهُ ، فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُ قَطْعِهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ قَطْعَ زَرْعٍ آخَرَ فِي أَرْضٍ أُخْرَى . وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْهُ ^(٢٣) بِجَمِيعِ الْأَرْضِ بِشَرْطِ الْقَطْعِ لِيُسَلِّمَ الْأَرْضَ إِلَيْهِ فَارِغَةً ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ قَطْعَ جَمِيعِ الزَّرْعِ مُسْتَحَقُّ نِصْفِهِ بِحُكْمِ الصُّلْحِ ، وَالبَاقِي لِتَفْرِيعِ الْأَرْضِ ، فَأَمَكِنَ الْقَطْعَ . وَإِنْ كَانَ إِقْرَارُهُ بِجَمِيعِ الزَّرْعِ ، فَصَالَحَهُ مِنْ نِصْفِهِ عَلَى نِصْفِ الْأَرْضِ ، لِيَكُونَ الْأَرْضُ / وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَشَرَطَ الْقَطْعَ فِي الْجَمِيعِ ، اخْتَمَلَ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ شَرَطَا قَطْعَ كُلِّ الزَّرْعِ وَتَسْلِيمَ الْأَرْضِ فَارِغَةً ، وَاخْتَمَلَ الْمَنْعَ ؛ لِأَنَّ بَاقِيَ الزَّرْعِ لَيْسَ بِمَبِيعٍ ، فَلَا يَصِحُّ شَرْطُ قَطْعِهِ فِي الْعَقْدِ .

٩٧/٤

فصل : إِذَا حَصَلَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِهِ فِي هَوَاءٍ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، أَوْ هَوَاءٍ جِدَارٍ لَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ ، أَوْ عَلَى نَفْسِ الْجِدَارِ ، لَزِمَ مَالِكُ الشَّجَرَةِ إِزَالَةَ تِلْكَ الْأَغْصَانِ ، إِمَّا بِرَدِّهَا إِلَى نَاحِيَةٍ أُخْرَى ، وَإِمَّا بِالْقَطْعِ ؛ لِأَنَّ الْهَوَاءَ مِلْكٌ لِصَاحِبِ الْقَرَارِ ، فَوَجِبَ إِزَالَةُ مَا يَشْغَلُهُ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ بِالْقَرَارِ . فَإِنْ اِمْتَنَعَ الْمَالِكُ مِنْ إِزَالَتِهِ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى إِزَالَتِهِ ، كَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالِكًا لَهُ ^(٢٤) . وَإِنْ تَلَفَ بِهَا شَيْءٌ ، لَمْ يَضْمَنْهُ كَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى إِزَالَتِهِ ، وَيَضْمَنَ مَا تَلَفَ بِهِ ، إِذَا أُمِرَ بِإِزَالَتِهِ فَلَمْ يَفْعَلْ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا مَالَ حَائِطُهُ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَعَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا اِمْتَنَعَ مِنْ إِزَالَتِهِ كَانَ لِصَاحِبِ الْهَوَاءِ إِزَالَتُهُ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَهِيمَةِ الَّتِي تَدْخُلُ دَارَهُ ، لَهُ إِخْرَاجُهَا ، كَذَا هُنَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ أَمَكِنَهُ إِزَالَتُهَا بِلاَ إِثْلَافٍ وَلَا قَطْعٍ ، مِنْ غَيْرِ مَشَقَّةٍ تَلْزُمُهُ وَلَا غَرَامَةٍ ، لَمْ يُجْزَلْ لَهُ إِثْلَافُهَا ، كَمَا أَنَّهُ إِذَا

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م ، : « مِنْهُ » .

(٢٤) فِي ب : « مَلِكًا » .

أَمْكَنَهُ إِخْرَاجَ الْبَهِيمَةِ مِنْ غَيْرِ إِثْلَافٍ لَمْ يَجُزْ لَهُ إِثْلَافُهَا . فَإِنْ أَثْلَفَهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ غَرِمَهَا ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ إِزَالَتُهَا إِلَّا بِالْإِثْلَافِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ إِقْرَارُ مَا لِي غَيْرِهِ فِي مِلْكِهِ . فَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى إِقْرَارِهَا بِعَوَضٍ مَعْلُومٍ ، فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا . فَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ وَابْنُ عَقِيلٍ : يَجُوزُ ذَلِكَ رَطْبًا كَانَ الْعُصْنُ أَوْ يَابِسًا ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمُصَالِحِ عَنْهُ لَا تَمْنَعُ الصَّحَّةَ ، لِكُونِهَا لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، بِخِلَافِ الْعَوَضِ ، فَإِنَّهُ يَقْتَضِي إِلَى الْعِلْمِ ؛ لِوُجُوبِ تَسْلِيمِهِ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى الصُّلْحِ عَنْهُ ، لِكُونِ ذَلِكَ يَكْثُرُ فِي الْأُمَلَاكِ الْمُتَجَاوِرَةِ ، وَفِي الْقَطْعِ إِثْلَافٌ وَضَرَرٌ ، وَالزِّيَادَةُ الْمُتَجَدِّدَةُ يُعْفَى عَنْهَا ، كَالسَّمَنِ الْحَادِثِ فِي الْمُسْتَأْجَرِ لِلرُّكُوبِ ، وَالْمُسْتَأْجَرِ لِلْعُرْفَةِ يَتَجَدَّدُ لَهُ الْأَوَّلُ ، وَالْغِرَاسُ الَّذِي يَسْتَأْجَرُ لَهُ الْأَرْضَ يَعْظُمُ وَيَجْفُو . وَقَالَ ^(٢٥) أَبُو الْخَطَّابِ : لَا تَصِحُّ الْمُصَالِحَةُ عَنْهُ بِحَالٍ ، رَطْبًا كَانَ أَوْ يَابِسًا ؛ لِأَنَّ الرُّطْبَ يَزِيدُ وَيَتَغَيَّرُ ، وَالْيَابِسُ يَنْقُصُ ، وَرُبَّمَا ذَهَبَ كُلُّهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ يَابِسًا مُعْتَمِدًا عَلَى نَفْسِ الْجِدَارِ ، / صَحَّتِ الْمُصَالِحَةُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مَأْمُونَةً فِيهِ ، وَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الرُّطْبَ يَزِيدُ فِي كُلِّ وَقْتٍ ، وَمَا لَا يَعْتَمِدُ عَلَى الْجِدَارِ ، لَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ الْهَوَاءِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَاللَّائِقُ بِمَذْهَبِ أَحْمَدَ صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمُصَالِحِ عَنْهُ لَا تَمْنَعُ الصَّحَّةَ إِذَا لَمْ يَكُنْ إِلَى الْعِلْمِ بِهِ سَبِيلٌ ، وَذَلِكَ لِذَعَاءِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، وَكَوْنِهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمٍ ، وَهَذَا كَذَلِكَ . وَالْهَوَاءُ كَالْقَرَارِ فِي كَوْنِهِ مَمْلُوكًا لِصَاحِبِهِ ، فَجَازَ الصُّلْحُ عَلَى مَا فِيهِ ، كَالَّذِي فِي الْقَرَارِ .

فصل : وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى إِقْرَارِهَا بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنْ ثَمَرِهَا ، أَوْ بِثَمَرِهَا كُلِّهِ ، فَقَدْ نَقَلَ الْمُرُودِيُّ وَإِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : لَا أَذَرِي . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ . وَخَوَّهَ قَالَ مَكْحُولٌ ، فَإِنَّهُ نُقِلَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : أَيُّمَا شَجَرَةٍ ظَلَّلْتُ عَلَى قَوْمٍ ، فَهَمُّ بِالْخِيَارِ بَيْنَ قَطْعِ مَا ظَلَّلَ ، أَوْ أَكْلِ ثَمَرِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ . وَهُوَ قَوْلُ

(٢٥) سقطت الواو من الأصل ، ١ ، م .

الأكثرين . وإليه ذهب الشافعي ؛ لأنَّ العوضَ مجهولٌ ، فإنَّ الثمرةَ مجهولةٌ^(٢٦) ،
وخرؤها مجهولٌ ، ومن شرط الصلح العلمُ بالعوض ، ولأنَّ المصالحَ عليه أيضا
مجهولٌ ؛ لأنه يزيد ويتغير على ما أسلفنا . ووجهُ الأول ، أنَّ هذا مما يكثر في الأملاك ،
وتدعو الحاجةُ إليه ، وفي القطعِ إثلافٌ ، فجازَ مع الجهالةِ ، كالصلحِ على مجرى مياهِ
الأمطارِ ، والصلحِ على الموارثِ الدارسةِ ، والحقوقِ المجهولةِ التي لا سبيلَ إلى علمِها ،
ويقوى عندي أنَّ^(٢٧) الصلحَ ههنا يصحُّ ، بمعنى أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُبيحُ صاحبه ما بذلَّ
له ، فصاحبُ الهواءِ يُبيحُ صاحبَ الشجرةِ إبقاءَها ، ويمتنعُ من قطعِها وإزالتها ،
وصاحبُ الشجرةِ يُبيحُ ما بذلَّ له من ثمرتها ، ولا يكونُ هذا بمعنى البيعِ ؛ لأنَّ البيعَ لا
يصحُّ بمعدومٍ ولا مجهولٍ ، والثمرَةُ في حالِ الصلحِ معدومةٌ مجهولةٌ ، ولا هو لازمٌ ، بل
لكلِّ واحدٍ منهما الرجوعُ عما بذلَّ ، والعودُ فيما قاله ؛ لأنَّه مُجرَّدُ إباحةٍ من كلِّ واحدٍ
منهما لصاحبه ، فجرى مجرى قولِ كلِّ واحدٍ منهما لصاحبه : اسكنْ داري ، واسكنْ
دارك . من غيرِ تقديرٍ مُدَّةٍ ، ولا ذكرِ شروطِ الإجارةِ ، أو قوله : أبيعُكَ الأكلَ من ثمرةِ
بُستانِي ، فأبيحُ الأكلَ من ثمرةِ بُستانِكَ . وكذلك قوله : دَعْنِي أَجْرِي فِي أَرْضِكَ
ماءً ، ولك أن تسميَ به ما شئتَ ، وتشربَ / منه . ونحو ذلك ، فهذا مثله بل أَوْلَى ، فإنَّ
هذا مما تدعو الحاجةُ إليه كثيراً ، وفي إلزامِ القطعِ ضررٌ كبيرٌ ، وإثلافُ أموالٍ كثيرةٍ ،
وفي التَّركِ من غيرِ نفعٍ يصلُ إلى صاحبِ الهواءِ ضررٌ عليه ، وفيما ذكرناه جَمْعٌ بين
الأمرين ، ونظرٌ للفريقين ، وهو على وفقِ الأصولِ ، فكان أَوْلَى .

٩٨/٤ و

فصل : وكذلك الحكمُ في كلِّ^(٢٨) ما امتدَّ من عُروقِ شجرةِ إنسانٍ إلى أرضٍ جاره ،
سواءً أثرتَ ضرراً مثلَ تأثيرِها في المصانعِ ، وطى الآبارِ ، وأساسِ الحيطانِ أو منعها من

(٢٦) سقط من : ١ .

(٢٧) سقط من : الأصل ، م ، ا .

(٢٨) سقط من : ب .

ثَبَاتُ شَجَرٍ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَوْ زَرْعٍ ، أَوْ لَمْ يُؤْتَرْ ؛ فَإِنَّ الْحُكْمَ فِي قَطْعِهِ وَالصُّلْحَ عَلَيْهِ كَالْحُكْمِ فِي الْفُرُوعِ ، إِلَّا أَنْ الْعُرُوقَ لَا تَمَرُّ لَهَا ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ مَا ثَبَتَ مِنْ عُرُوقِهَا لِصَاحِبِ الْأَرْضِ ، أَوْ جُزْءٌ مَعْلُومٌ مِنْهُ ، فَهُوَ كَالصُّلْحِ عَلَى الثَّمَرِ فِيمَا ذَكَرْنَا ، فَعَلَى قَوْلِنَا ، إِذَا اصْطَلَحَا عَلَى ذَلِكَ ، فَمَضَتْ مُدَّةٌ ، ثُمَّ أَبِي صَاحِبِ الشَّجَرَةِ دَفَعَ ثَبَاتِهَا إِلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَهُ فِي أَرْضِهِ لِهَذَا ، فَلَمَّا لَمْ يُسَلِّمْهُ ^(٢٩) لَهُ ، رَجَعَ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ بَدَّلَهَا بِعَوَضٍ فَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي مَنْ مَالَ حَاطِطُهُ إِلَى هَوَاءِ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، أَوْ ذَلِقَ مِنْ أَحْشَابِهِ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا صَالَحَهُ عَلَى الْمُؤَجَّلِ بَعْضُهُ حَالًا ، لَمْ يَجُزْ ، كَرِهَهُ زَيْدٌ بِنِ ثَابِتٍ ، وَابْنُ عُمَرَ - وَقَالَ : نَهَى عُمَرُ أَنْ تُبَاعَ الْعَيْنُ بِالْدَّيْنِ - وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْقَاسِمُ ، وَسَالِمٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ عُيَيْنَةَ ، وَهَشِيمٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقُ . وَرَوَى عَنْ ^(٣٠) ابْنِ عَبَّاسٍ ^(٣١) ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ . وَعَنِ الْحَسَنِ وَابْنِ سِيرِينَ ، أَنَّهُمَا كَانَا لَا يَرَيَانِ بَأْسًا بِالْعُرُوضِ ^(٣٢) يَأْخُذُهَا مِنْ حَقِّهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ ؛ لِأَنَّهُمَا تَبَايَعَا الْعُرُوضَ بِمَا فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا بِثَمَنِ مِثْلِهَا . وَلَعَلَّ ابْنَ سِيرِينَ يَحْتَجُّ بِأَنَّ التَّعْجِيلَ جَائِزٌ ، وَالْإِسْقَاطَ وَحْدَهُ جَائِزٌ ، فَجَازَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ فَعَلَا ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ مُوَاطَاةٍ ^(٣٣) عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَنْذُلُ الْقَدْرَ الَّذِي يَحْطُهُ عَوَضًا عَنْ تَعْجِيلِ مَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَيَبِيعُ الْحُلُولَ وَالتَّاجِيلَ لَا يَجُوزُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهُ عَشْرَةَ حَالَةً بَعِثَرِينَ مُؤَجَّلَةً ، وَلَئِنَّهُ يَبِيعُهُ عَشْرَةَ بَعِثَرِينَ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مَعِيَّةً ، وَيُقَارِقُ مَا إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ مُوَاطَاةٍ وَلَا عَقْدٍ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ / مِنْهُمَا مُتَبَرِّعٌ بِبَدْلِ حَقِّهِ مِنْ غَيْرِ

٩٨/٤ ظ

(٢٩) فِي ب : هـ يَسْلَمُ .

(٣٠-٣١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣١) فِي أ ، ب ، م زِيَادَةٌ : هـ أَنْ .

(٣٢) فِي م : هـ وَطَاةٌ .

عَوْضٍ . وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ ذَلِكَ جَوَازُهُ فِي الْعَقْدِ ، أَوْ مَعَ الشَّرْطِ ^(٣٣) كَبَيْعِ ^(٣٤) ذَرَاهِمٍ بَدْرَهْمِينَ ^(٣٥) . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا اشْتَرَى الْعُرُوضَ بِثَمَنِ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ عَنِ الْحُلُولِ عَوْضًا . فَأَمَّا إِنْ صَلَّحَهُ عَنِ الْإِيفِ حَالَهُ ^(٣٥) بِنَصْفِهَا مُوجَّلاً ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، وَتَبَرَّعَ بِهِ ، صَحَّ الْإِسْقَاطُ ، وَلَمْ يَلْزَمْ التَّاجِيلُ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ لَا يَتَّجَلُّ بِالتَّاجِيلِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيهِمَا مَضَى ، وَالْإِسْقَاطُ صَحِيحٌ . وَإِنْ فَعَلَهُ لِمَنْعِهِ مِنْ حَقِّهِ بِدُونِهِ ، أَوْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الْوَفَاءِ ، لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ أَيْضًا . عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْبَابِ . وَذَكَرَ أَبُو الْحَطَّابِ فِي هَذَا رِوَايَتَيْنِ ، أَصَحُّهُمَا لَا يَصِحُّ . وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ أَوَّلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ ، سَوَاءً كَانَ عَيْنًا أَوْ دَيْنًا ، إِذَا كَانَ وَمَا لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الرَّجُلِ يُصَالِحُ عَلَى ^(٣٦) الشَّيْءِ ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ أَكْثَرُ مِنْهُ ، لَمْ يَجْزُ إِلَّا أَنْ يُوقِفَهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا لَا يَذَرِي مَا هُوَ ، وَنَقَلَ عَنْهُ عَبْدُ اللَّهِ ، إِذَا اخْتَلَطَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ بِقَفِيزِ شَعِيرٍ ، وَطَحْنًا ، فَإِنْ عَرَفَ قِيَمَةَ دَقِيقِ الْحِنْطَةِ وَدَقِيقِ الشَّعِيرِ ، بَيْعَ هَذَا ، وَأَعْطَى كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِيَمَةَ مَالِهِ ، إِلَّا أَنْ يَصْطَلِحَا عَلَى شَيْءٍ وَيَتَحَالَا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : الصُّلْحُ الْجَائِزُ هُوَ صُلْحُ الزَّوْجَةِ مِنْ صَدَاقِهَا الَّذِي لَا بَيِّنَةَ لَهَا بِهِ ، وَلَا عَلِمَ لَهَا ، وَلَا لِلزَّوْجَةِ بِمَبْلَغِهِ ، وَكَذَلِكَ الرَّجُلَانِ يَكُونُ بَيْنَهُمَا الْمُعَامَلَةُ وَالْحِسَابُ الَّذِي قَدْ مَضَى عَلَيْهِ الزَّمَانُ الطَّوِيلُ ، لَا عَلِمَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا عَلَيْهِ لِصَاحِبِهِ ، فَيَجُوزُ الصُّلْحُ بَيْنَهُمَا ، وَكَذَلِكَ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ لَا عَلِمَ لَهُ بِقَدَرِهِ ، جَازَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَيْهِ ، وَسَوَاءً كَانَ صَاحِبُ الْحَقِّ يَعْلَمُ قَدْرَ حَقِّهِ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ ، أَوْ لَا عَلِمَ لَهُ . وَيَقُولُ الْقَابِضُ : إِنْ كَانَ لِي عَلَيْكَ حَقٌّ فَأَنْتَ فِي حِلٍّ مِنْهُ ^(٣٧) . وَيَقُولُ الدَّافِعُ : إِنْ كُنْتُ أَخَذْتُ مِنْكَ أَكْثَرَ مِنْ حَقِّكَ فَأَنْتَ مِنْهُ فِي حِلٍّ .

(٣٣) فِي ١ ، م : « الشَّرْكَه » .

(٣٤) - (٣٥) فِي م : « ذَرَاهِمٍ » .

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « حَال » .

(٣٦) فِي ب : « عَنْ » .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : ١ .

وقال الشافعي : لا يصح الصلح على مجهول ؛ لأنه فرغ البيع ، ولا يصح البيع على مجهول . ولنا ، ما روى عن النبي ﷺ ، أنه قال في رجلين اختصما في موارث درست : « استهما ، وتواخيا ، وليحلل أحكما صاحبه » (٣٨) . وهذا صلح على المجهول . ولأنه إسقاط حق ، فصح في المجهول ، كالعتاق والطلاق ، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم ، وإمكان أداء الحق بعينه ، فلأن يصح مع الجهل أولى ، وذلك لأنه إذا كان معلوما / فلهما طريق إلى التخليص ، وبرائة أحدهما من صاحبه بدونه ، ومع الجهل لا يمكن ذلك ، فلو لم يجز (٣٩) الصلح أفضى إلى ضياع المال ، على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه (٤٠) . ولا نسلم كونه بيعا ، ولا فرغ بيع ، وإنما هو إبراء . وإن سلمنا كونه بيعا ، فإنه يصح في المجهول عند الحاجة ، بدليل بيع أساسات الحيطان ، وطى الآبار ، وما كوله في جوفه ، ولو أئلف رجل صبرة طعام لا (٤١) يعلم قدرها ، فقال صاحب الطعام لمثلي : بعثك الطعام الذى فى ذمتك (٤٢) بهذا الدرهم (٤٣) ، أو بهذا الثوب . صح . إذا ثبت هذا ، فإن كان العوض فى الصلح ممّا لا يحتاج إلى تسليمه ، ولا سبيل إلى معرفته ، كالمختصمين فى موارث دارسة ، وحقوق سالفية ، أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها ، صح الصلح مع الجهالة من الجانبين ؛ لما ذكرناه من الخبر والمعنى . وإن كان ممّا يحتاج إلى تسليمه ، لم يجز مع الجهالة ، ولا بد من كونه معلوما ؛ لأن تسليمه واجب ، والجهالة تمنع التسليم ، ونفضى إلى التنازع ، فلا يحصل مقصود الصلح .

فصل : فأما ما يمكنهما معرفته ، كتركة موجودة ، أو يعلمه الذى هو عليه ، ويجهله صاحبه ، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل . قال أحمد : إن صولحت امرأة من

(٣٨) تقدم ترجمته فى ٦ : ٢٦٥ .

(٣٩) فى الأصل ، م : « يجز » .

(٤٠) سقط من : ب .

(٤١) فى ب : « ولا » .

(٤٢-٤٣) فى ب : « بهذا الدرهم » .

تُمنّها ، لم يصحّ . واحتجّ بقول شريح : أيما امرأة صولحت من تُمنّها ، لم يتبين لها ما ترك زوجها ، فهي الرّيبة كلّها . قال : وإن ورت قوم مالا ودورا وغير ذلك ، فقالوا لبعضهم : نخرجك من الميراث بألف درهم . أكره^(٤٣) ذلك ، ولا يشتري منها شيء ، وهي لا تعلم ، لعلها تظن أنه قليل ، وهو يعلم أنه كثير ، ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو ، وإنما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ، ولا يدري ما هو حساب بينهما ، فيصالحه ، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل ، والآخر لا يعلمه فيصالحه ، فأما إذا علم فلم يصالحه ؟ إنما يريد أن^(٤٤) يهضم حقه^(٤٥) ويذهب به^(٤٦) . وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة ، للحاجة إليه لإبراء الذم ، وإزالة الخصام^(٤٧) ، فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة ، فلم يصح كالبيع .

فصل : ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه / سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز ، فيصح عن دم العمد ، وسكنى الدار ، وعيب المبيع . ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دينه أو أقل ، جاز . وقد روى أن الحسن والحسين^(٤٧) وسعيد ابن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هذبة بن خشرم^(٤٨) سبع ديات ، فأبى أن يقبلها . ولأن المال غير متعين ، فلا يقع العوض في مقابله . فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دينه من جنسها ، لم يجز . وكذلك لو أئلف عبدا أو شيئا غيره ، فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها ، لم يجز . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز ؛ لأنه يأخذ عوضا عن المتلف ، فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته ، كما لو باعه بذلك .

٩٩/٤ ظ

(٤٣) أى قال : أكره ذلك .

(٤٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٤٥-٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) في ب : « الخصام » .

(٤٧) سقطت الواو من : م .

(٤٨) هذبة بن خشرم بن كرز ، من بادية الحجاز ، شاعر فصيح مرتجل ، وكان راوية الخطيئة ، قتل رجلا من بنى رقاش ، في خير طویل ، قتل نحو سنة خمسين للهجرة . انظر الأعلام ٩ / ٦٩ ، ٧٠ .

ولنا ، أن الدية والقيمة بُنيت في الذمة مُقَدَّرَةً ، فلم يُجْزَ أن يُصَالِحَ عنها بأكثرَ منها من جنسها ، كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع ، ولأنه إذا أخذ أكثرَ منها فقد أخذَ حَقَّهُ وزيادةً لا مُقَابِلَ لها ، فيكون أكلُ مالٍ بالباطل . فأما إن صالَحَهُ على غيرِ جنسها ، بأكثرَ قيمةٍ منها ، جازَ ؛ لأنه يَبِيعُ ، وَيُجُوزُ أن يَشْتَرِيَ الشَّيْءَ بأكثرَ من قيمته أو أقل .

فصل : ولو صالَحَ عن المائة الثابتة في الذمة بالإثلاف ، بمائةٍ مُوَجَّلَةٍ ، لم يُجْزَ ، وكانت حَالَةً . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وعن أَحْمَدَ : يجوزُ . وهو قولُ أبى حنيفة ؛ لأنه عَاوَضَ عن المُتْلِفِ بمائةٍ مُوَجَّلَةٍ ، فَجَازَ ، كما لو باعَهُ إِيَّاهُ . ولنا ، أنه إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ عليه قيمةُ المُتْلِفِ ، وهو مائة حَالَةً ، والحالُ لا يَتَأَجَّلُ بالتأجيل ، وإن جَعَلْنَاهُ بَيْعًا فهو بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وَيَبِيعُ الدَّيْنُ بالدَّيْنِ غيرُ جائِزٍ .

فصل : ولو صالَحَ عن القصاصِ بِعَبْدٍ ، فَخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، رَجَعَ بِقِيمَتِهِ في قولهم جَمِيعًا . وإن خَرَجَ حُرًّا فَكَذَلِكَ . وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يَرْجَعُ بالدِّيةِ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ فَاسِدٌ ، فَيَرْجَعُ^(٤٩) بِبَدْلِ مَا صالَحَ عنه ، وهو الدِّيةُ . ولنا ، أنه تَعَدَّرَ تَسْلِيمُ ما جَعَلَهُ عِوَضًا ، فَرَجَعَ في قِيمَتِهِ ، كما لو خَرَجَ مُسْتَحَقًّا .

فصل : ولو صالَحَ عن دَارٍ أو عَبْدٍ بِعِوَضٍ ، فَوَجَدَ الْعِوَضَ مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَعَ في الدَّارِ وما صالَحَ عنه ، وبِقِيمَتِهِ إن كان تَالِفًا ؛ لأنَّ الصُّلْحَ هُنَا بَيْعٌ في الْحَقِيقَةِ ، فإذا بَيَّنَّ أن الْعِوَضَ كان مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا كان الْبَيْعُ فَاسِدًا ، فَرَجَعَ فيما كان له ، / بِخِلَافِ ١٠٠/٤ الصُّلْحِ عن الْقِصَاصِ ، فإنه ليس بْبَيْعٍ ، وإنما يَأْخُذُ عِوَضًا عن إسْقَاطِ الْقِصَاصِ . ولو اشْتَرَى شَيْئًا فَوَجَدَهُ مَعِيًّا ، فَصَالَحَهُ^(٥٠) عَنْ غَيْبِهِ^(٥١) بِعَبْدٍ ، فَبَانَ مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَعَ بِأَرْشِ الْغَيْبِ . ولو كان الْبَائِعُ امْرَأَةً ، فَزَوَّجَتْهُ نَفْسَهَا عِوَضًا عن أَرْشِ الْغَيْبِ ، فزَالَ الْغَيْبُ رَجَعَتْ بِأَرْشِهِ ، لا بِمَهْرِ الْمِثْلِ ؛ لأنها رَضِيَتْ ذلكَ مَهْرًا لها .

(٤٩) في الأصل ، ا ، م : ٥ فرجع .

(٥٠-٥١) في ا ، م : ٥ عنه .

فصل : ولو صَلَّحَهُ عن الْقِصَاصِ ^(٥١) بِحُرٍّ يَعْلَمَانِ حُرِّيَّتَهُ أَوْ عَبْدٍ يَعْلَمَانِ أَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ ، أَوْ تَصَالَحَا بِذَلِكَ عن غير الْقِصَاصِ ، رَجَعَ بِالْذِّئَةِ ، وبمَا صَلَّحَ عنه ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ هُنَا بَاطِلٌ يَعْلَمَانِ بُطْلَانَهُ ، فَكَانَ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

فصل : إِذَا صَلَّحَ رَجُلَانِ عَلَى مَوْضِعٍ قَنَاءٍ مِنْ أَرْضِهِ يَجْرِي فِيهَا مَاءٌ ، وَبَيْنَا مَوْضِعَهَا وَغَرْضُهَا وَطُولُهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بَيْعٌ لِمَوْضِعٍ ^(٥٢) مِنْ أَرْضِهِ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى بَيَانِ عُمُقِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ الْمَوْضِعَ كَانَ لَهُ إِلَى ثُخُومِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَتْرَكَ فِيهِ مَا شَاءَ . وَإِنْ صَلَّحَهُ ^(٥٣) عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي سَاقِيَةٍ مِنْ أَرْضِ رَبِّ الْأَرْضِ ، مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ عَلَيْهَا ، فَهَذَا إِجَارَةٌ لِلْأَرْضِ ، فَيُشْتَرَطُ تَقْدِيرُ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ هَذَا شَأْنُ الْإِجَارَةِ . فَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ فِي يَدِ رَجُلٍ بِإِجَارَةٍ ، جَازَ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ رَجُلًا عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِيهَا فِي سَاقِيَةٍ مَخْفُورَةٍ مُدَّةً لَا تُجَاوِزُ مُدَّةَ إِجَارَتِهِ . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ السَّاقِيَةُ مَخْفُورَةً لَمْ يَجُزْ أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِحْدَاثُ سَاقِيَةٍ فِي أَرْضٍ فِي يَدِهِ بِإِجَارَةٍ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ فِي يَدِهِ وَقَفًّا عَلَيْهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ كَالْمُسْتَأْجِرِ ، لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي سَاقِيَةٍ مَخْفُورَةٍ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفِرَ فِيهَا سَاقِيَةً ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، إِنَّمَا يَسْتَوْفِي مَنَفَعَتَهَا ، كَالْأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَةِ سِوَاءٍ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ حَفْرُ السَّاقِيَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَهُ ، وَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا كَيْفَمَا شَاءَ ، مَا لَمْ يَنْقُلِ الْمِلْكَ فِيهَا إِلَى غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَتَصَرَّفُ فِيهَا بِمَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، فَكَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْتَأْجِرِ إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي الْحَفْرِ ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، فَهَلْ لِمَنْ اتَّقَلَ إِلَيْهِ فَسَخُ الصُّلْحِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا آجَرَهُ مُدَّةً ، فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا . فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ فَسَخُ الصُّلْحِ . فَفَسَخَهُ ، رَجَعَ الْمُصَالِحُ عَلَى وَرَثَةِ الَّذِي صَلَّحَهُ / بِقِسْطٍ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ . رَجَعَ مَنْ اتَّقَلَ إِلَيْهِ الْوَقْفُ عَلَى الْوَرَثَةِ .

(٥١) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « مِنْ » .

(٥٢) فِي أ ، م : « مَوْضِعٌ » .

(٥٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

فصل : وإن صَالَحَ رَجُلًا عَلَى إِجْرَاءِ مَاءِ سَطْحِهِ مِنَ الْمَطَرِ عَلَى سَطْحِهِ ، ^(٥٤) أو في أرضِهِ عَنْ سَطْحِهِ ^(٥٥) ، أو في أرضِهِ عَنْ أرضِهِ ، جَارَ ، إذا كان ما يَجْرِي مَأْوُهُ ^(٥٥) مَعْلُومًا ، إمَّا بِالشَّاهِدَةِ ، وإمَّا بِمَعْرِفَةِ الْمِسَاحَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَخْتَلِفُ بِصِغَرِ السَّطْحِ وَكِبَرِهِ . ولا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ بغيرِ ذلك . وَيُسْتَرْطُ مَعْرِفَةُ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَجْرِي ^(٥٦) مِنْهُ الْمَاءُ إِلَى السَّطْحِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ . ولا يَفْتَقِرُ إِلَى ذِكْرِ مُدَّةٍ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى هَذَا ، وَيَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى الْمَنْفَعَةِ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ غَيْرِ مُقَدَّرٍ ، كما في التَّكَاجِ ، ولا يَمْلِكُ صَاحِبُ الْمَاءِ مَجْرَاهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَسْتَوْفِي بِهِ مَنَافِعَ الْمَجْرَى دَائِمًا ^(٥٧) ، ولا ^(٥٨) فِي أَكْثَرِ الْمُدَّةِ ، بِخِلَافِ السَّاقِيَةِ ، وَيَخْتَلِفَانِ أَيْضًا ^(٥٩) فِي أَنَّ الْمَاءَ الَّذِي فِي السَّاقِيَةِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَا يُقَدَّرُ بِهِ ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ ذَلِكَ حَصَلَ بِتَقْدِيرِ السَّاقِيَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُجْرِيَ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْ مَائِهَا ، وَالْمَاءُ الَّذِي عَلَى السَّطْحِ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ السَّطْحِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي مِنْهُ الْقَلِيلُ وَالكَثِيرُ . وإن كان السَّطْحُ الَّذِي يَجْرِي عَلَيْهِ الْمَاءُ مُسْتَأْجَرًا ، أو عَارِيَّةً مَعَ إِنْسَانٍ ، لم يَجْزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ ، ولم يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ ، فلم يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِهِ ، بِخِلَافِ الْمَاءِ فِي السَّاقِيَةِ الْمُخْفُورَةِ ، فَإِنَّ الْأَرْضَ لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ . وإن كان مَاءُ السَّطْحِ يَجْرِي عَلَى أَرْضٍ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ الصَّلْحُ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ احتَاجَ إِلَى حَفْرِ لم يَجْزُ لَهُ أَنْ يَحْفِرَ أَرْضَ غَيْرِهِ ، وَلأنَّهُ يَجْعَلُ لغيرِ صَاحِبِ الْأَرْضِ رَسْمًا ، فَرَبَّمَا ادَّعَى اسْتِحْقَاقَ ذَلِكَ عَلَى صَاحِبِهَا . وَاخْتَمَلَ الْجَوَازُ إِذَا لم يَحْتَاجْ إِلَى حَفْرِ ، ولم تَكُنْ فِيهِ مَضَرَّةٌ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي سَاقِيَةٍ مُخْفُورَةٍ . ولا يَجُوزُ إِلَّا مُدَّةٌ لَا تَزِيدُ عَلَى مُدَّةِ إِجَارَتِهِ ، كما قُلْنَا فِي إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي السَّاقِيَةِ . والله أعلم .

(٥٤-٥٥) سقط من : الأصل .

(٥٥) في ١ ، م : « ماء » .

(٥٦) في ب : « يخرج » .

(٥٧) سقط من : م .

(٥٨) في م : « ولا المدة » .

(٥٩) سقط من : م .

فصل : وإذا أراد أن يُجْرَى ماءٌ في أرضٍ غيرِهِ لغيرِ ضرورةٍ ، لم يَجْزُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وإن كان لِيُضْرُورَةٍ ، مثلُ أن يكونَ له أرضٌ لِلزَّرَاعَةِ ، لها ماءٌ لا طَرِيقَ له إِلَّا أرضُ جَارِهِ ، فهل له ذلك ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، إحداهما ، ^(٦٠) لا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ في أرضٍ غيرِهِ بِغيرِ إِذْنِهِ ، فلم يَجْزُ ، كما لو لم تَدْعُ إليه ضرورةٌ ، ولأنَّ مثلَ هذه الحاجةِ لا تُبَيِّحُ مالَ غيره ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُبَاحُ له ^(٦١) الزَّرْعُ في أرضٍ غيرِهِ ، ولا البناءُ فيها ، ولا الاثْتِفَاعُ ^(٦٢) بشيءٍ / من مَنَافِعِهَا الْمُحَرَّمَةِ عليه قبلَ هذه الحاجةِ . والأُخْرَى يَجُوزُ ؛ لما رَوَى أَنَّ الضَّحَّاكَ بنَ خَلِيفَةَ سَأَلَ خَلِيجًا من العَرِيطِيِّ ^(٦٣) ، فَأَرَادَ أن يَمُرَّ به في أرضِ مُحَمَّدِ بنِ مَسْلَمَةَ ، فَأَبَى ، فقال له الضَّحَّاكَ : لِمَ تَمْنَعُنِي وهو مُنْفَعَةٌ لَكَ ، تَشْرِبُهُ أَوَّلًا وَآخِرًا ، ولا يَضُرُّكَ ؟ فَأَبَى مُحَمَّدٌ ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكَ عُمَرَ ، فَدَعَا مُحَمَّدَ بنَ مَسْلَمَةَ ، وَأَمَرَهُ أن يُحْلِيَ سَبِيلَهُ . فقال مُحَمَّدٌ : لا وَاللَّهِ . فقال له عُمَرُ ^(٦٤) : لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ ^(٦٥) مَا يَنْفَعُهُ ^(٦٦) ، وهو لك نَافِعٌ ، تَشْرِبُهُ أَوَّلًا وَآخِرًا ؟ فقال مُحَمَّدٌ : لا وَاللَّهِ . فقال عُمَرُ : وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ به ولو على بَطْنِكَ . فَأَمَرَهُ عُمَرُ أن يَمُرَّ به ، فَفَعَلَهُ ^(٦٧) . رَوَاهُ مَالِكٌ في « مُوطَّأِهِ » ^(٦٨) ، وَسَعِيدٌ في « سُنَنِهِ » . وَالأَوَّلُ أَقْبَسُ ، وَقَوْلُ عُمَرَ يُخَالِفُهُ قَوْلُ مُحَمَّدِ بنِ مَسْلَمَةَ ، وهو مُوَافِقٌ لِلأَصُولِ ، فَكانَ أَوْلَى .

فصل : وإن صَالَحَ رَجُلًا على أن يَسْقِيَ أرضَهُ من نَهْرِ الرَّجُلِ يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ ، أو من عَيْنِهِ ، وَقَدَّرَهُ بِشَيْءٍ يُعْلَمُ به ، فقال القاضِي : لا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ المَاءَ لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ ، ولا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فلا يَجُوزُ الصُّلْحُ عليه ، ولأنَّهُ مَجْهُولٌ . قال : وإن صَالَحَهُ على سَهْمٍ من العَيْنِ أو

(٦٠-٦١) سقط من : ب ، م . وورد في نهاية المسألة في م : قبل قوله : « والأخرى » الآتي .

(٦١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦٢) في م : « الامتناع » تحريف .

(٦٣) العريض : وادي المدينة ، معجم البلدان ٣ / ٦٦١ .

(٦٤) سقط من : م .

(٦٥-٦٦) في الأصل ، ا : « منفعة » .

(٦٦) في ا ، ب ، م : « ففعل » .

(٦٧) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٤٦ .

النَّهْرِ كَالثُّلُثِ أَوْ الرَّبْعِ ، جَازَ ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا لِلْقَرَارِ ، وَالْمَاءُ تَابِعٌ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ الصُّلْحُ عَلَى السَّقْيِ مِنْ نَهْرِهِ وَقَنَاتِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، وَالْمَاءُ مِمَّا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ فِي الْجُمْلَةِ ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ أَخَذَهُ فِي قَرْيَتِهِ أَوْ إِنَائِهِ ، وَيَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ بِدَلِيلِ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَأَشْبَاهِهِ ، وَالصُّلْحُ عَلَى الْمَجْهُولِ ^(٦٨) .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَى مَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ ، مِثْلُ أَنْ يُصَالِحَ امْرَأَةً لِتُقَرَّرَ لَهُ ^(٦٩) بِالزَّوْجِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ صُلْحٌ يُحِلُّ حَرَامًا ، وَلِأَنَّهَا لَوْ أَرَادَتْ بِذَلِكَ نَفْسَهَا بِعَوَضٍ لَمْ يَجُزْ . وَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ عَوَضًا عَنْ هَذِهِ الدَّعْوَى لِيَكْفَ عَنْهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ فِي الْإِنْكَارِ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَقِّ الْمُنْكَرِ لِإِفْتِدَاءِ الْيَمِينِ ، وَهَذِهِ لَا يَمِينُ عَلَيْهَا ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى بِأَخْذِ الْعَوَضِ فِي مُقَابَلَةِ حَقِّهِ الَّذِي يَدَّعِيهِ ، وَخُرُوجِ الْبُضْعِ مِنْ مِلْكِ الزَّوْجِ لَا قِيمَةَ لَهُ ، وَإِنَّمَا أُجِيزَ الْخُلْعُ لِلْحَاجَةِ إِلَى افْتِدَاءِ نَفْسِهَا . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى / يَأْخُذُ عَوَضًا عَنْ حَقِّهِ مِنَ النِّكَاحِ ، فَجَازَ كِعَوَضِ الْخُلْعِ ، وَالْمَرْأَةُ تَبْذُلُهُ لِقَطْعِ خُصُومَتِهِ وَإِزَالَةِ شَرِّهِ ، وَرَبَّمَا تَوَجَّهَتِ الْيَمِينُ عَلَيْهَا لِكَوْنِ الْحَاكِمِ يَرَى ذَلِكَ ، ^(٧٠) أَوْ لِأَنَّهَا مَشْرُوعَةٌ فِي حَقِّهَا فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ^(٧١) ، وَمَتَى صَالَحَتْهُ عَلَى ذَلِكَ ، ثُمَّ ^(٧٢) ثَبَّتَ الزَّوْجِيَّةُ بِإِقْرَارِهَا أَوْ بَيِّنَةٍ ، فَإِنْ قُلْنَا : الصُّلْحُ بَاطِلٌ . فَالنِّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ مِنَ الزَّوْجِ طَلَاقٌ وَلَا خُلْعٌ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ صَحِيحٌ . احْتَمَلَ ذَلِكَ أَيْضًا ؛ ^(٧٣) لِذَلِكَ ، وَاحْتَمَلَ ^(٧٤) أَنْ تَبَيَّنَ مِنْهُ بِأَخْذِ الْعَوَضِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ نِكَاحِهَا ، فَكَانَ خُلْعًا ، كَمَا لَوْ أَقَرَّتْ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ فَخَالَعَهَا ^(٧٥) . وَلَوْ ادَّعَتْ أَنْ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، فَصَالَحَهَا عَلَى مَالٍ لَتَنْزِلَ عَنْ

(٦٨) في ب نيادة : « عوضا بالأصل » .

(٦٩) سقط من : م ، ا .

(٧٠-٧١) سقط من : ب ، وفي : ا ، م : « ولأنها » مكان : « أو لأنها » .

(٧١) سقط من : م .

(٧٢-٧٣) في : ا ، ب ، م : « ولذلك احتمل » .

(٧٣) في ب مكان هذا : « أو لأنها مشروعة في إحدى الروايتين » .

دَعَاَهَا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهَا بَذْلُ نَفْسِهَا الْمُطْلَقَةِ بِعَوَضٍ وَلَا بغيرِهِ . وَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ مَالًا لِيُقَرَّ بِطَلَّاقِهَا ، لَمْ يَجُزْ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ يَجُوزُ ، كَمَا لَوْ بَذَلَتْ لَهُ عَوَضًا لِيُطْلَقَهَا ثَلَاثًا .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ ، فَأَنكَرَهُ ، فَصَالَحَهُ عَلَى مَالٍ لِيُقَرَّ لَهُ بِالْعُبُودِيَّةِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يُحِلُّ حَرَامًا ، فَإِنَّ إِزْقَاقَ الْحُرِّ نَفْسَهُ لَا يُحِلُّ بِعَوَضٍ وَلَا بغيرِهِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَالًا صُلْحًا عَنْ دَعْوَاهُ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَعْتَقَ عَبْدَهُ بِمَالٍ ، وَيُشْرِعَ لِلدَّفْعِ^(٧٤) لِدَفْعِ الْيَمِينِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ ، وَالْخُصُومَةِ الْمُتَوَجِّهَةِ إِلَيْهِ . وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَلْفًا ، فَأَنكَرَهُ ، فَدَفَعَ إِلَيْهِ شَيْئًا لِيُقَرَّ لَهُ بِالْأَلْفِ ، لَمْ يَصِحَّ . فَإِنْ أَقَرَّ لَزِمَهُ مَا أَقَرَّ بِهِ ، وَيُرَدُّ مَا أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِإِقْرَارِهِ كَذِبُهُ فِي إِنْكَارِهِ ، وَأَنَّ الْأَلْفَ عَلَيْهِ ، فِيلْزِمُهُ أَدَاؤُهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَلَا يُحِلُّ لَهُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْ أَدَاءِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمُنْكَرُ مَالًا صُلْحًا عَنْ دَعْوَاهُ ، صَحَّ . وَقَدْ مَضَى ذِكْرُهُ .

فصل : وَلَوْ صَالَحَ شَاهِدًا عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِحَقِّ تَلْزِمِ الشَّهَادَةِ بِهِ ، كَذَيْنِ آدَمِيٍّ^(٧٥) ، أَوْ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ ، كَالزَّكَاءِ وَنَحْوِهَا ، فَلَا يَجُوزُ كِتْمَانُهُ ، وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْ ذَلِكَ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَلَى شَرْبِ الْحَمْرِ وَتَرْكِ الصَّلَاةِ . الثَّانِي ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِالزُّورِ . فَهَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَرْكُ ذَلِكَ ، وَجَرْمُ عَلَيْهِ فِعْلُهُ / ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَقْتُلَهُ وَلَا يُعْصِبَ مَالَهُ . الثَّالِثُ ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِمَا يُوجِبُ حَدًّا ، كَالزُّنَا وَالسَّرِقَةِ ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَقِّ لَهُ ، فَلَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُ عَوَضِهِ ، كَسَائِرِ مَا لَيْسَ بِحَقِّ لَهُ . وَلَوْ صَالَحَ السَّارِقَ وَالزَّانِيَ وَالشَّارِبَ بِمَالٍ ، عَلَى أَنْ لَا يَرْفَعَهُ إِلَى

(٧٤) سقط من : ١ .

(٧٥) في ب : « لَأَدَمِي » .

السُّلْطَانِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ لذلك ، ولم يَجُزْ له أَخْذُ الْعِوَضِ . وإن صَلَحَهُ عَنْ حَدِّ الْقَذْفِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لَأَنَّهُ إِنْ كَانَ لِلَّهِ تَعَالَى ، لم يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ عِوَضَهُ ، لِكَوْنِهِ لَيْسَ بِحَقٍّ لَهُ ، فَأَشْبَهَ حَدَّ الزُّنَى وَالسَّرْقَةِ ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا لَهُ ، لم يَجُزْ الْإِعْتِيَاظُ عَنْهُ ، لِكَوْنِهِ حَقًّا لَيْسَ بِمَالِيٍّ ، وَهَذَا لَا يَسْقُطُ إِلَى بَدَلٍ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ ، وَلَأَنَّهُ شُرْعٌ لِتَنْزِيهِ الْعِزِّ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَعْتَاضَ عَنْ عِزِّهِ بِمَالٍ . وَهَلْ يَسْقُطُ الْحَدُّ بِالصُّلْحِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، مَبْنِيَّانِ عَلَى الْخِلَافِ فِي كَوْنِهِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، أَوْ حَقًّا لَادَمِيٍّ ؛ فَإِنْ كَانَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، لم يَسْقُطْ بِصُلْحِ الْآدَمِيِّ وَلَا إِسْقَاطِهِ ، كَحَدِّ الزُّنَى وَالسَّرْقَةِ ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا لَادَمِيٍّ ، سَقَطَ بِصُلْحِهِ وَإِسْقَاطِهِ ، مِثْلَ الْقِصَاصِ . وَإِنْ صَلَحَ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لَأَنَّهُ حَقٌّ شُرْعٌ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِالْتِمَامِ الضَّرَرِ ، سَقَطَ الْحَقُّ مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ ، كَحَدِّ الْقَذْفِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَسْقُطُ هُنَا وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِكَوْنِهِ حَقًّا لَادَمِيٍّ .

فصل : ولا يجوز أن يشترع إلى طريق نافذ جناحا ؛ وهو الرُّوشَنُ يَكُونُ عَلَى أَطْرَافِ حَشْبَةِ مَذْفُونَةٍ فِي الْحَائِطِ ، وَأَطْرَافُهَا خَارِجَةٌ فِي الطَّرِيقِ ، سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ يَضُرُّ فِي الْعَادَةِ بِالْمَارَةِ أَوْ لَا يَضُرُّ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْمَلَ^(٧٦) عَلَيْهَا سَابَاطًا^(٧٧) بِطَرِيقِ الْأُولَى ، وَهُوَ الْمُسْتَوْفَى لِهَوَاءِ الطَّرِيقِ كُلِّهِ عَلَى حَائِطَيْنِ ، سَوَاءٌ كَانَ الْحَائِطَانِ مِلْكَهُ أَوْ لَمْ يَكُونَا ، وَسَوَاءٌ أَذِنَ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ جَازٍ بِإِذْنِ الْإِمَامِ ؛ لَأَنَّهُ نَائِبُهُمْ ، فَجَرَى إِذْنُهُ مَجْرَى إِذْنِ الْمُشْتَرِكِينَ فِي الدَّرَبِ الَّذِي لَيْسَ بِنَافِذٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، وَإِنْ عَارَضَهُ رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَجَبَ قَلْعُهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمَارَةِ ، / وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ مَنَعَهُ ؛ لَأَنَّهُ ارْتَفَعَ بِمَا لَمْ يَتَّعِنَ مَلِكٌ أَحَدٌ فِيهِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ ، فَكَانَ جَائِزًا ، كَالْمَشْيِ فِي الطَّرِيقِ وَالْجُلُوسِ فِيهَا . وَاخْتَلَفُوا فِيمَا لَا يَضُرُّ ،

١٠٢/٤ ظ

(٧٦) فِي ب : « يَجْعَل » .

(٧٧) السَابَاطُ : سَقِيفَةٌ بَيْنَ حَائِطَيْنِ تَحْتَهَا مَرِ نَافِذٌ .

فقال بعضهم : إن كان في شارع تَمُرُّ فيه الجُيُوشُ والأَحْمَالُ ، فيكون بحيث إذا سار فيه الفارسُ ورُمَحُه منصوبٌ لا يبلُغُه . وقال أكثرُهم : لا يقدَّرُ بذلك ، بل يكون بحيث لا يضرُّ بالعماريَّاتِ ^(٧٨) والمَحَامِلِ . ولنا ، أنَّه بناءٌ في ملكٍ غيره بغيرِ إذنٍ ، فلم يجز ، كبناء الدُّكَّةِ أو بناء ذلك في دَرَبٍ غيرِ نافذٍ بغيرِ إذنِ أهله ، ويُفارقُ المُرُورَ في الطَّرِيقِ ، فإنَّها جُعِلَتْ لذلك ، ولا مَضَرَّةَ فيه ، والجُلُوسُ لا يدومُ ، ولا يُمكنُ التَّحَرُّزُ منه ، ولا نُسلَمُ أنَّه لا مَضَرَّةَ فيه ، فإنَّه يُظَلِّمُ الطَّرِيقَ ، ويسدُّ الضَّوَّءَ ، وربما سقطَ على المارَّةِ ، أو سقطَ منه شيءٌ ، وقد تَعْلُو الأرضُ بمُرُورِ الزَّمانِ ، فيصدمُ رؤوسَ الناسِ ، ويمنعُ مَرُورَ الدَّوابِّ بالأَحْمَالِ ، ويقطعُ الطَّرِيقَ إلَّا على الماشي ، وقد رأينا مثلَ هذا كثيرا ، وما يُفضي إلى الضررِ في ثانی الحال ، يَجِبُ المنعُ منه في ابتدائه ، كما لو أرادَ بناءَ حائِطٍ مائِلٍ إلى الطَّرِيقِ يُخَشِّي وَقُوعَهُ على من يمرُّ فيها . وعلى أی حنیفة : أنَّه بناءٌ في حقِّ مُشْتَرَكٍ ، لو منع منه بعضُ أهله لم يجز ، فلم يجز بغيرِ إذنِهِم ، كما لو أخرجَهُ إلى هَواءِ دارٍ مُشْتَرَكَةٍ ، وذلك لأنَّ حقَّ الآدميِّ لا يجوزُ لغيرِهِ التَّصَرُّفُ فيه بغيرِ إذنِهِ ، وإن كان ساكنا ، كما لا يجوزُ إذا منعَ منه .

فصل : ولا يجوزُ أن يَبْنِيَ في الطَّرِيقِ دُكَّانا ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ، سواء كان الطَّرِيقُ واسِعًا أو غيرَ واسِعٍ ، سواء أَدَنَ الإمامُ فيه أو لم يَأْذَنْ ؛ لأنَّه بناءٌ في ملكٍ غيره بغيرِ إذنِهِ ، ولأنَّه يُؤذِي المارَّةَ ويضيقُ عليهم ، ويَعَثِّرُ به العائِرُ ، فلم يجز ، كما لو كان الطَّرِيقُ ضيِّقًا .

فصل : ولا يجوزُ أن يَبْنِيَ دُكَّانا ولا يُخْرِجَ رَوْشَنَا ، ولا سَابَاطًا على دَرَبٍ غيرِ نافذٍ ، إلَّا بإذنِ أهله . وهذا قال الشَّافِعِيُّ ، إذا لم يَكُنْ له في الدَّرَبِ بابٌ ، وإن كان له في الدَّرَبِ بابٌ ، فقد اختلفَ أصحابُه ^(٧٩) ، فمنهم من منَعَهُ أيضًا ، ومنهم من أجازَ له إخراجَ الجَنَاحِ والسَّابِاطِ ؛ لأنَّ له في الدَّرَبِ اسْتِطْرَاقًا ، فملك ذلك ، كما يملكُهُ في الدَّرَبِ

(٧٨) العمارية : هودج يحمل على الدابة . انظر معجم Dozy .

(٧٩) في الأصل : « أصحابنا » .

النَّافِذِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بِنَاءٌ فِي هَوَاءِ مَلِكٍ قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ^(٨٠) فِيهِ بَابٌ ، وَلَا تُسَلَّمُ الْأَصْلُ / الَّذِي قَاسُوا عَلَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ أُذِنَ أَهْلُ الدَّرَبِ فِيهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِمْ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمَالِكُ وَاحِدًا . وَإِنْ صَالَحَ أَهْلُ الدَّرَبِ مِنْ ذَلِكَ عَلَى عَوَضٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ لِلْهَوَاءِ دُونَ الْقَرَارِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبْنَى فِيهِ بِإِذْنِهِمْ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَلَئِنَّهُ مِلْكٌ لَهُمْ ، فَجَازَ لَهُمْ أَخْذُ عَوَضِهِ ، كَالْقَرَارِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ بِشَرْطِ كَوْنِ مَا يُخْرِجُهُ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ فِي الْخُرُوجِ وَالْعُلُوِّ ، وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَخْرَجَهُ إِلَى مِلْكٍ إِنْسَانٍ مُعَيَّنٍ ، لَا يَجُوزُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَجُوزُ بِإِذْنِهِ ، بِعَوَضٍ وَبِغَيْرِهِ ، إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْفَرُ فِي الطَّرِيقِ النَّافِذَةَ بِغُرْلَتَفْسِهِ ، سَوَاءً جَعَلَهَا لِمَاءِ الْمَطَرِ ، أَوْ لِيَسْتَخْرِجَ مِنْهَا مَا يَنْتَفِعُ بِهِ ، وَلَا غَيْرَ ذَلِكَ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ أَرَادَ حَفَرَهَا لِلْمُسْلِمِينَ وَتَفْعِهِمْ ^(٨١) أَوْ لِنَفْعِ الطَّرِيقِ ، مِثْلُ أَنْ يَحْفَرَهَا لِيَسْتَقِيَ النَّاسُ مِنْ مَائِهَا ، وَيَشْرَبَ مِنْهُ الْمَاءَ ، أَوْ لِيُنْزِلَ فِيهَا مَاءَ الْمَطَرِ عَنِ الطَّرِيقِ ، نَظَرْنَا ، فَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ ضَيِّقًا ، أَوْ يَحْفَرُهَا فِي مَرِّ النَّاسِ بَحَيْثُ يُخَافُ سُقُوطُ إِنْسَانٍ فِيهَا أَوْ دَابَّةٍ ، أَوْ يُضَيِّقُ عَلَيْهِمْ مَرَرُهُمْ ، لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهَا أَكْثَرُ مِنْ نَفْعِهَا ، وَإِنْ حَفَرَهَا فِي زَاوِيَةٍ فِي ^(٨٢) طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، وَجَعَلَ عَلَيْهَا مَا يَمْنَعُ الْوُقُوعَ فِيهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ نَفْعٌ بِلَا ضَرَرٍ ، فَجَازَ ، كَتَمْهِيدِهَا ، وَبِنَاءِ رَصِيفٍ فِيهَا ، فَأَمَّا ^(٨٣) فِعْلُهُ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِلْكٌ لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، فَلَمْ يَجْزُ فِعْلُ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . كَمَا لَوْ فَعَلَهُ فِي بُسْتَانٍ إِنْسَانٍ . وَلَوْ صَالَحَ أَهْلُ الدَّرَبِ عَنْ ذَلِكَ بِعَوَضٍ ، جَازَ ، سَوَاءً حَفَرَهَا لِنَفْسِهِ

(٨٠) سقط من : الأصل .

(٨١) في ١ : « لِنَفْعِهِمْ » .

(٨٢) في ب : « مِنْ » .

(٨٣) في ١ ، م زيادة : « مَا » .

لِيَنْزِلَ^(٨٤) فِيهَا مَاءُ الْمَطَرِ عَنْ دَارِهِ ، أَوْ لِيَسْتَقْفَى مِنْهَا مَاءً لِنَفْسِهِ ، أَوْ حَفَرَهَا لِلْسَّبِيلِ وَنَفَعَ الطَّرِيقَ . وكذلك إن فَعَلَ ذلك في مِلْكٍ إِنْسَانٍ مُعَيَّنٍ .

فصل : ولا يَجُوزُ إِخْرَاجُ الْمَيَازِينِ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ . ولا يَجُوزُ إِخْرَاجُهَا إِلَى دَرْبٍ نَافِذٍ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ . وقال أبو حنيفة ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : يَجُوزُ إِخْرَاجُهَا إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، اجْتَارَ عَلَى دَارِ الْعَبَّاسِ وَقَدْ نَصَبَ مِيزَانًا عَلَى^(٨٥) الطَّرِيقِ ، فَقَلَعَهُ ، فَقَالَ الْعَبَّاسُ : تَقْلَعُهُ وَقَدْ نَصَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِهِ ؟ فقال : وَاللَّهِ لَا نَصَبْتُهُ إِلَّا عَلَى ظَهْرِي ، وَانْحَنَى حَتَّى صَعَدَ عَلَى ظَهْرِهِ ، فَنَصَبْتُهُ^(٨٦) . وَمَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَلْغَيْرِهِ فَعَلَهُ ، مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِصَاصِهِ بِهِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، وَلَا يُمْكِنُهُ رَدُّ مَائِهِ إِلَى الدَّارِ . وَلِأَنَّ النَّاسَ يَعْمَلُونَ ذَلِكَ فِي جَمِيعِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ فِي هَوَاءٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الطَّرِيقُ غَيْرَ نَافِذٍ ، وَلِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالطَّرِيقِ وَأَهْلِهَا ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَبِنَاءِ ذَكَّةٍ فِيهَا أَوْ جَنَاحٍ يَضُرُّ بِأَهْلِهَا ، وَلَا يَخْفَى مَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ ، فَإِنَّ مَاءَهُ يَقَعُ عَلَى الْمَارَّةِ ، وَرَبَّمَا جَرَى فِيهِ الْبَوْلُ أَوْ مَاءٌ نَجِسٌ فَيَنْجَسُهُمْ ، وَيُزَلِّقُ الطَّرِيقَ ، وَيَجْعَلُ فِيهَا الطِّينَ ، وَالْحَدِيثُ قُضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَانَ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، أَوْ تَجَدَّدَتِ الطَّرِيقُ بَعْدَ نَصْبِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إِلَيْهِ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِهِ ، مَعَ مَا فِيهِ مِنَ الْخَبَرِ الْمَذْكُورِ .

فصل : ولا يَجُوزُ أَنْ يَفْتَحَ فِي الْحَائِطِ الْمُسْتَرَكِ طَاقًا وَلَا بَابًا ، إِلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ انْتِفَاعٌ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَتَصَرُّفٌ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ بِهِ . ولا يَجُوزُ أَنْ يَغْرِزَ فِيهِ وَتَدًّا ، وَلَا يُحْدِثَ عَلَيْهِ حَائِطًا وَلَا يَسْتَرَهُ ، وَلَا يَتَصَرَّفَ فِيهِ نَوْعَ تَصَرُّفٍ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي الْحَائِطِ

(٨٤) في م : « فينزل » .

(٨٥) في ا ، م : « إلى » .

(٨٦) أخرجه البيهقي ، في : باب نصب الميزاب وإشراع الجناح ، من كتاب الصلح . السنن الكبرى ٦ / ٦٦ .
والحاكم ، في : باب محاكمة العباس ... ، من كتاب معرفة الصحابة . المستدرک ٣ / ٣٣١ .

بما يَضُرُّ به ، فلم يَجُزْ ، كَنَقْضِهِ . ولا يَجُوزُ له فِعْلُ شَيْءٍ من ذلك في حَائِطِ جَارِهِ بِطَرِيقِ
الْأَوَّلَى ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لم يَجُزْ فِيمَا له فِيهِ حَقٌّ ، ففِيمَا لا حَقَّ له فِيهِ أَوَّلَى . وإن صَالَحَهُ عن
ذلك بَعْوَضٍ ، جَازَ . وَأَمَّا الِاسْتِنَادُ إِلَيْهِ ، وَإِسْنَادُ شَيْءٍ لَا يَضُرُّهُ إِلَيْهِ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ
لَا مَضَرَّةَ فِيهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، أَشْبَهَ الِاسْتِظْلَالَ بِهِ .

فصل : فَأَمَّا وَضْعُ خَشْيِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِالْحَائِطِ لِضَعْفِهِ عَنْ حَمْلِهِ ، لم
يَجُزْ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لما ذَكَرْنَا ، وَلِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا
ضِرَارَ » ^(٨٧) . وإن كَانَ لَا يَضُرُّ بِهِ ، إِلَّا أَنَّ بِهِ غُنْيَةً عَنْ وَضْعِ خَشْيِهِ عَلَيْهِ ، لِإِمْكَانِ
وَضْعِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، فَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : لَا يَجُوزُ أَيْضًا . وهو قول الشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى ثَوْرٌ .
لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كِبِنَاءِ حَائِطٍ عَلَيْهِ . وَأَشَارَ
ابْنُ عَقِيلٍ إِلَى جَوَازِهِ ؛ لما رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ
جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشْيَتَهُ عَلَى جِدَارِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٨٨) . وَلِأَنَّ مَا أُبِيحَ لِلْحَاجَةِ ^(٨٩) الْعَامَّةِ
لَمْ يُعْتَبَرْ فِيهِ حَقِيقَةُ الْحَاجَةِ ^(٩٠) ، كَأَخْذِ الشَّقْصِ بِالشُّفْعَةِ مِنَ الْمُشْتَرَى ، وَالْفَسْخِ بِالْخِيَارِ
أَوْ بِالْعَيْبِ ، وَاتِّخَاذِ الْكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، وَإِبَاحَةِ السَّلَامِ ، وَرُخْصِ السَّفَرِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ .
فَأَمَّا إِنْ دَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى وَضْعِهِ عَلَى حَائِطِ جَارِهِ ، أَوِ الْحَائِطُ الْمُشْتَرَكُ ، بِمَحِثٍ لَا يُمَكِّنُهُ
التَّسْقِيفُ بَدْوَنَهُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ له وَضْعُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرِيكِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ .

(٨٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « إِضْرَار » . وَتَقَدَّمَ تَخْرِيجُ الْحَدِيثِ فِي : ٤ / ١٤٠ .

(٨٨) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَمْنَعُ جَارَ جَارِهِ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَةً فِي جِدَارِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَظَالِمِ ، وَفِي : بَابِ الشَّرْبِ
مِنْ فَمِ السَّقَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَشْرَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣ / ١٧٣ ، ٧ ، ١٤٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ غَرْزِ الْخَشَبِ فِي
جِدَارِ الْجَارِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٢٣٠ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ أَبْوَابِ مِنَ الْقَضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢ / ٢٨٣ . وَالتِّرْمِذِيُّ ،
فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَضَعُ عَلَى حَائِطِ خَشْبًا ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٦ / ١٠٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي :
بَابِ الرَّجُلِ يَضَعُ خَشْبَةً عَلَى جِدَارِ جَارِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٢ / ٧٨٣ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي :
بَابِ الْقَضَاءِ فِي الْمَرْفِقِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٢ / ٧٤٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ٢٤٠ ، ٢٧٤ .
(٨٩-٨٩) سَقَطَ مِنْ : ١ . نَقْلَةً نَظَرُ .

وقال في الجديد : ليس له وضعه . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ؛ لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة ، فلم يجز ، كزراعته . ولنا ، الخبر ، لأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضرب به ، أشبه الاستناد إليه والاستقلال به ، ويفارق الزرع ، فإنه يضرب ، ولم تدع إليه حاجة . إذا ثبت هذا ، فاشترط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حيطان ، ولجاره حائط واحد ، وليس هذا في كلام أحمد ، إنما قال ، في رواية أبي داود : لا يمنعه إذا لم يكن ضرر ، وكان الحائط يبقى . ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين إذا كانا غير متقابلين ، أو كان البيت واسعاً يحتاج إلى أن يجعل عليه جسراً ثم يضع الخشب على ذلك الجسر . والأولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه . ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمجنون والعاقل ؛ لما ذكرنا . والله أعلم .

فصل : فأما وضعه في جدار المسجد ، إذا وجد الشرطان ، فعن أحمد فيه روايتان : إحداهما ، الجواز ؛ لأنه إذا جاز في ملك الجار ، مع أن حقه مني على الشح والضيق ، ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة والمساهلة أولى . والثانية ، لا يجوز . نقلها أبو طالب ؛ لأن القياس يقتضي المنع في حق الكل ، ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه ، فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس . وهذا اختيار أبي بكر . وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجهاً للمنع من وضع الخشب في ملك الجار ؛ لأنه إذا منع^(٩٠) من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلائ يمنعه من المختص بغيره أولى . ولأنه إذا منع في حق الله تعالى مع أن حقه على المسامحة والمساهلة ؛ لغنى الله تعالى وكرمه ، فلائ يمنعه في حق آدمي مع شحه وضيقه أولى .^(٩١) والمذهب الأول^(٩٢) . فإن قيل : فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب في ١٠٤/٤ ظ الحائط ، بالقياس / على وضع الخشب ؟ قلنا : لأن الخشب بمنسك الحائط وينفعه ، بخلاف الطاق والباب ، فإنه يضعف الحائط ، لأنه ينقى مفتوحاً في الحائط ، والذي

(٩٠) في ١ ، م : « امتنع » .

(٩١-٩٢) سقط من : الأصل .

يَفْتَحُهُ لِلْخَشَبَةِ يَسُدُّهُ بِهَا ، وَلَئِنْ وَضَعَ الْخَشَبَ تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

فصل : وَمِنْ مَلَكٍ وَضَعَ خَشْبَهُ عَلَى حَائِطٍ ، فَرَأَى سُقُوطَهُ ، أَوْ قَلْعَهُ ، أَوْ سُقُوطَ الْحَائِطِ ، ثُمَّ أُعِيدَ ، فَلَهُ إِعَادَةُ خَشْبِهِ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الْمُجَوِّزَ لَوْضْعِهِ مُسْتَمِرٌّ ، فَاسْتَمَرَ اسْتِحْقَاقُ ذَلِكَ . وَإِنْ رَأَى السَّبَبَ ، مِثْلَ أَنْ يُخَشَى عَلَى الْحَائِطِ مِنْ وَضْعِهِ عَلَيْهِ ، أَوْ اسْتِغْنَى عَنْ وَضْعِهِ ، لَمْ تَجْزِ إِعَادَتُهُ ؛ لِزَوَالِ السَّبَبِ الْمُبِيدِ . وَإِنْ خِيفَ سُقُوطُ الْحَائِطِ بَعْدَ وَضْعِهِ عَلَيْهِ ، ^(٩٢) أَوْ اسْتِغْنَى عَنْ وَضْعِهِ ^(٩٣) ، لَزِمَ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْمَالِكِ ، وَيُزُولُ الْخَشَبُ . وَإِنْ لَمْ يُخَفَ عَلَيْهِ ، لَكِنْ اسْتِغْنَى عَنْ إِثْقَائِهِ عَلَيْهِ ، لَمْ ^(٩٤) يَلْزَمْ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّ فِي إِزَالَتِهِ ضَرَرًا بِصَاحِبِهِ ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِ الْحَائِطِ فِي إِثْقَائِهِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ خَشِيَ سُقُوطَهُ .

فصل : وَلَوْ كَانَ لَهُ وَضَعَ خَشْبِهِ عَلَى جِدَارٍ غَيْرِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ إِعَارَتَهُ ^(٩٥) وَلَا إِجَارَتَهُ ^(٩٦) ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ لِحَاجَتِهِ الْمَاسَّةِ إِلَى وَضْعِ خَشْبِهِ ، وَلَا حَاجَةَ لَهُ إِلَى وَضْعِ خَشْبٍ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ . وَكَذَلِكَ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ حَقِّهِ مِنْ وَضْعِ ^(٩٧) خَشْبِهِ ، وَلَا الْمُصَالَحَةَ عَنْهُ لِلْمَالِكِ وَلَا لغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ أُبِيحَ لَهُ مِنْ حَقِّ غَيْرِهِ لِحَاجَتِهِ ، فَلَمْ يَجْزْ لَهُ ذَلِكَ فِيهِ ، كَطَعَامٍ غَيْرِهِ إِذَا أُبِيحَ لَهُ مِنْ أَجْلِ الضَّرُورَةِ ، وَلَوْ أَرَادَ صَاحِبُ الْحَائِطِ إِعَارَةَ الْحَائِطِ ، أَوْ إِجَارَتَهُ عَلَى وَجْهِ يَمْنَعُ هَذَا الْمُسْتَحَقَّ مِنْ وَضْعِ خَشْبِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَسِيلَةٌ إِلَى مَنْعِ ذِي الْحَقِّ مِنْ حَقِّهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَنْعِهِ . وَلَوْ أَرَادَ هَذَا الْحَائِطُ لغير حَاجَةٍ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَقْوِيَةِ الْحَقِّ . وَإِنْ اِحْتَأَجَّ إِلَى هَذَا مِنَ الْخَوْفِ مِنْ أَنْ يَهْدِمَهُ ، أَوْ لِيُحَوِّلَهُ إِلَى مَكَانٍ آخَرَ ، أَوْ لِيَعْرِضَ صَحِيحًا ، مَلَكَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْخَشَبِ إِنَّمَا ثَبَتَ ^(٩٨) حَقَّهُ لِلْإِزْفَاقِ بِهِ ، مُشْرُوطًا بِعَدَمِ الضَّرَرِ لِصَاحِبِ الْحَائِطِ ^(٩٩) ،

(٩٢-٩٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٩٣) في الأصل : « ولم » .

(٩٤-٩٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٩٥) سقط من : ب .

(٩٦) في ا ، ب ، م : « ثبت » .

(٩٧) في ا ، م : « الحق » .

فمتى أفضى إلى الضرر زال الاستحقاق ؛ لزوال شرطه .

فصل : وإذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه ، أو وضع ستره عليه ، أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه ، جاز ، فإذا فعل ما أذن له فيه ، صارت العارية لازمة ، فإذا رجع / المعير فيها ، لم يكن له ذلك ، ولم يلزم المستعير ١٠٥/٤ إزالة ما فعله ؛ لأن إذنه اقتضى البقاء والدوام ، وفي القلع إضرار به ، فلا يملك ذلك المعير ، كما لو أعاره أرضاً للدفن والغراس ، لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان . وإن أراد هدم الحائط لغير حاجة ، لم يكن له ذلك ؛ لأن المستعير قد استحق ثبوتية الخشب عليه ، ولا ضرر في ثبوتيه . وإن كان مستهدماً ، فله نقضه . وعلى (٩٨) صاحب البناء والخشب إزالته . وإذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رده ببناءه وخشبه إلا بإذن جديد ، سواء بناه بآلته أو غيرها . وهكذا لو قلع المستعير خشبه (٩٩) ، أو سقط بنفسه ، لم يكن له رده إلا بإذن مستأنف ؛ لأن المنع من القلع إنما كان لما فيه من الضرر ، وههنا قد حصل القلع بغير فعله ، فأشبه ما لو كان في الأرضي شجر فائق . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقالوا في الآخر : له ذلك ؛ لأنه قد استحق بقاء ذلك على التأييد . وليس كذلك ؛ فإنه إنما استحق الإبقاء ضرورة دفع ضرر القلع ، وقد حصل القلع ههنا ، فلا يبقى الاستحقاق . وإن قلع صاحب الحائط ذلك عدواناً ، كان للآخر إعادته ؛ لأنه أزيل بغير حق ، تعدياً ممن عليه الحق ، فلم يسقط الحق عنه بعدوانه . وإن أزاله أجنبي (١٠٠) ، لم يملك صاحبه إعادته بغير إذن المالك ؛ لأنه زال بغير عدوان منه ، فأشبه ما لو سقط بنفسه .

فصل : وإن أذن له في وضع خشبه ، أو البناء على جداره بعوض ، جاز ، سواء كان إجارة في مدة معلومة ، أو صلحاً على وضعه على التأييد . ومتى زال فله إعادته ، سواء

(٩٨) في ١ ، م : « وله على » .

(٩٩) في ١ ، ب ، م : « خشباً » .

(١٠٠) سقط من : الأصل .

زَالَ لِسُقُوطِهِ ، أَوْ سُقُوطِ الْحَائِطِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ إِبْقَاءَهُ بِعَوَضٍ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَكُونَ الْبِنَاءُ مَعْلُومَ الْعَرْضِ وَالطُّوْلِ ، وَالسُّمُكِ ، وَالْآلَاتِ مِنَ الطِّينِ وَاللِّينِ ، ^(١٠١) أَوْ الطِّينِ ^(١٠٢) وَالْآجَرِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا كُلَّهُ يَخْتَلِفُ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَإِذَا سَقَطَ الْحَائِطُ الَّذِي عَلَيْهِ الْبِنَاءُ أَوْ الْحَشْبُ ، فِي أَثْنَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، سُقُوطًا لَا يَعُودُ ، انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ ^(١٠٣) مِنَ الْمُدَّةِ ^(١٠٢) ، وَرَجَعَ مِنَ الْأَجْرَةِ بِقِسْطِ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ . وَإِنْ أُعِيدَ ، رَجَعَ مِنَ الْأَجْرَةِ بِقَدْرِ الْمُدَّةِ الَّتِي سَقَطَ الْبِنَاءُ وَالْحَشْبُ / عَنْهُ . وَإِنْ صَالَحَهُ مَالِكُ الْحَائِطِ عَلَى رَفْعِ بَنَائِهِ أَوْ خَشْبِهِ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ ، كَمَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى وَضْعِهِ ، سَوَاءً كَانَ مَا صَالَحَهُ بِهِ مِثْلَ الْعَوَضِ الَّذِي صُوِّلِحَ بِهِ عَلَى وَضْعِهِ ، أَوْ أَقْلَ أَوْ أَكْثَرَ ؛ لِأَنَّ هَذَا عَوَضٌ عَنِ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ لَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لَهُ مَسِيلُ مَاءٍ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، أَوْ مِيزَابٍ ، أَوْ غَيْرِهِ ، فَصَالَحَ صَاحِبُ الْأَرْضِ مُسْتَحَقُّ ذَلِكَ بِعَوَضٍ ، لِيُزِيلَهُ عَنْهُ ، جَازَ . وَإِنْ كَانَ الْحَشْبُ أَوْ الْحَائِطُ قَدْ سَقَطَ ، فَصَالَحَهُ بِشَيْءٍ عَلَى أَنْ لَا يُعِيدَهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ أَنْ يَبِيعَ ذَلِكَ مِنْهُ ، جَازَ أَنْ يُصَالِحَهُ ^(١٠٣) عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ يَبِيعُ .

فصل : وَإِذَا وُجِدَ بَنَاؤُهُ أَوْ خَشْبُهُ عَلَى حَائِطٍ مُشْتَرَكٍ ، أَوْ حَائِطٍ جَارِهِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ سَبَبُهُ ، فَمَتَى زَالَ فَلَهُ إِعَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ هَذَا الْوَضْعَ بِحَقٍّ مِنْ صُلْحٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَا يَزُولُ هَذَا الظَّاهِرُ حَتَّى يُعْلَمْ خِلَافُهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ وُجِدَ مَسِيلُ مَائِهِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، أَوْ مَجْرَى مَاءٍ سَطَحِهِ عَلَى سَطْحٍ غَيْرِهِ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ، فَهُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَهُ بِحَقٍّ ، فَجَرَى ذَلِكَ مَجْرَى الْيَدِ الثَّابِتَةِ . وَإِذَا ائْتَلَفَا فِي ذَلِكَ ، هَلْ هُوَ بِحَقٍّ أَوْ بَعْدُوَانٍ ؟ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْحَشْبِ وَالْبِنَاءِ وَالْمَسِيلِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ .

فصل : إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ دَارًا فِي يَدِ أَخَوَيْنِ ، فَأَنْكَرَهُ أَحَدُهُمَا ، وَأَقَرَّ لَهُ الْآخَرُ ، ثُمَّ

(١٠١-١٠٢) سقط من : م ، ١ .

(١٠٢-١٠٣) سقط من : م .

(١٠٣) في ب : يصالح .

صَالِحَهُ عَمَّا أَقَرَّ لَهُ بِعَوَضٍ ، صَحَّ الصُّلْحُ ، وَلَاخِيهِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ
 بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا ، وَبَيْنَ مَا إِذَا قَالَ : هَذِهِ لَنَا وَرِثَانَهَا جَمِيعًا عَنْ أَيْبِنَا أَوْ أُخِينَا .
 فَيُقَالُ : إِذَا كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا ، كَانَ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَإِنْ قَالَ : وَرِثَانَهَا عَنْ أَيْبِنَا .
 فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُنْكَرَ يَزْعُمُ أَنَّ الْمَلِكَ لِأَخِيهِ الْمُقِرِّ لَمْ يَزَلْ ، وَأَنَّ الصُّلْحَ بَاطِلٌ ،
 فَيُؤَاخِذُ بِذَلِكَ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ بِهِ شُفْعَةَ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْمَلِكَ ثَبَتَ لِلْمُدَّعَى
 حُكْمًا ؛ وَقَدْ رَجَعَ إِلَى الْمُقِرِّ بِالْبَيْعِ ، وَهُوَ مُعْتَرَفٌ بِأَنَّهُ بَيْعٌ صَحِيحٌ ، فَتَثَبُّتَ فِيهِ الشُّفْعَةُ ،
 كَمَا لَوْ كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا . وَيجوزُ أَنْ يَكُونَ انْتَقَلَ نَصِيبُ الْمُقِرِّ إِلَى الْمُدَّعَى بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ
 سَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ ، فَلَا يَتَنَافَى إِنْكَارُ الْمُنْكَرِ وَإِقْرَارُ الْمُقِرِّ ، كَحَالَةِ إِطْلَاقِ الْإِنْكَارِ .
 وَهَذَا أَصَحُّ .

٨١٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَدَاعَى نَفْسَانِ جِدَارًا مَعْقُودًا بَيْنَاءٍ كُلُّ وَاحِدٍ
 مِنْهُمَا ، تَخَالَفَا ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مَخْلُولًا مِنْ بِنَائِهِمَا . وَإِنْ كَانَ
 مَعْقُودًا / بِنَاءٍ أَحَدُهُمَا ، كَانَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ) . ١٠٦/٤

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إِذَا تَدَاعَى حَائِطًا بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، وَتَسَاوَى فِي كَوْنِهِ مَعْقُودًا
 بَيْنَائِهِمَا مَعًا ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِهِمَا اتِّصَالًا لَا يُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ بِنَاءِ الْحَائِطِ ، مِثْلُ
 اتِّصَالِ الْبِنَاءِ بِالطِّينِ ، كَهَذِهِ الْفَطَائِرِ الَّتِي لَا يُمْكِنُ إِحْدَاثُ اتِّصَالٍ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ ، أَوْ
 تَسَاوَى فِي كَوْنِهِ مَخْلُولًا مِنْ بِنَائِهِمَا ، أَوْ ^(١) غَيْرَ مُتَّصِلٍ بَيْنَائِهِمَا الْإِتِّصَالُ الْمَذْكُورُ ، بَلْ
 بَيْنَهُمَا شَقٌّ مُسْتَطِيلٌ ، كَمَا يَكُونُ بَيْنَ الْحَائِطَيْنِ اللَّذَيْنِ الصِّقُّ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ . فَهُمَا سَوَاءٌ
 فِي الدَّعْوَى ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ تَخَالَفَا ، فَيُخْلَفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نَصِيفِ
 الْحَائِطِ ، أَنَّهُ لَهُ ، وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا نَصِفَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي عَلَى نَصِيفِ الْحَائِطِ ؛
 لِكَوْنِ الْحَائِطِ فِي أَيْدِيهِمَا . وَإِنْ خَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى جَمِيعِ الْحَائِطِ ، أَنَّهُ لَهُ ، وَمَا
 هُوَ لِصَاحِبِهِ ، جَازَ ، وَهُوَ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَى » .

الْمُنْدِرِ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُخْتَلِفَيْنِ فِي الْعَيْنِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا ، كَانَتْ يَدُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهَا ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نِصْفِهَا مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتَا ، وَصَارَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لهما . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لهما بَيِّنَةٌ ، وَنَكَلَا عَنِ الْيَمِينِ ، كَانَ الْحَائِطُ فِي أَيْدِيهِمَا عَلَى مَا كَانَ . وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا ، وَنَكَلَ الْآخَرُ ، قُضِيَ عَلَى النَّاكِلِ ، فَكَانَ الْكُلُّ لِلْآخَرِ . وَإِنْ كَانَ الْحَائِطُ مُتَّصِلًا بِنَاءٍ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَهُوَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : لَا يُرْجَعُ بِالْعَقْدِ ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ هَذَا الْبِنَاءَ بُنِيَ كُلُّهُ بِنَاءً وَاحِدًا ، فَإِذَا كَانَ بَعْضُهُ لِرَجُلٍ ، كَانَ بَقِيَّتُهُ لَهُ ، وَالْبِنَاءُ الْآخَرُ الْمَحْلُولُ ، الظَّاهِرُ أَنَّهُ بُنِيَ وَحْدَهُ ، فَإِنَّهُ لَوْ بُنِيَ مَعَ هَذَا ، كَانَ مُتَّصِلًا بِهِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَغَيْرِ صَاحِبِ هَذَا الْحَائِطِ الْمُخْتَلِفِ فِيهِ ، فَوَجَدَ نَاسٌ يُرْجِعُ بِهَذَا ، كَالْيَدِ وَالْأَرْجِ (٢) . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَمْ تَجْعَلُوهُ لَهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ لِدَلَالَةِ ذَلِكَ ظَاهِرًا ، وَلَيْسَ بِبَيِّنَةٍ ، إِذْ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا بَنَى الْحَائِطَ لِصَاحِبِهِ تَبَرُّعًا مَعَ حَائِطِهِ ، أَوْ كَانَ لَهُ فَوْهَةٌ / إِيَّاهُ ، أَوْ بَنَاهُ بِأَجْرَةٍ ، فَشَرَعْتَ الْيَمِينَ مِنْ أَجْلِ الْإِحْتِمَالِ ، كَمَا شَرَعْتَ فِي حَقِّ صَاحِبِ الْيَدِ ، وَسَائِرٍ مِنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ مَعْقُودًا بِنَاءٍ أَحَدُهُمَا عَقْدًا يُمَكِّنُ إِحْدَاهُ ، مِثْلَ الْبِنَاءِ بِاللِّينِ وَالْأَجْرِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُنْزَعَ مِنَ الْحَائِطِ الْمَبْنِيِّ نِصْفُ لَبِنَةٍ أَوْ أَجْرَةٍ ، وَيُجْعَلَ (٣) مَكَانَهَا لَبِنَةٌ صَحِيحَةٌ أَوْ أَجْرَةٌ صَحِيحَةٌ تُعَقَّدُ بَيْنَ الْحَائِطَيْنِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُرْجَعُ بِهَذَا ؛ لِإِحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ (٤) صَاحِبُ الْحَائِطِ (٥) فَعَلَ هَذَا لِيَتَمَلَّكَ الْحَائِطُ الْمُشْتَرَكُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ يُرْجَعُ بِهَذَا الْإِتِّصَالِ ، كَمَا يُرْجَعُ بِالِاتِّصَالِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ إِحْدَاهُ ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صَاحِبَ الْحَائِطِ لَا يَدْعُ غَيْرَهُ بِتَصَرُّفٍ فِيهِ ، بِنَزْعِ أَجْرِهِ ،

(٢) الْأَرْجُ : نَوْعٌ مِنَ الْأَبْنِيَةِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : هُوَ أَوْ يُجْعَلُ .

(٤-٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

وَتَغْيِيرُ بَنَائِهِ ، وَفِعْلٌ مَا يَدُلُّ عَلَى مِلْكِهِ ^(٥) ، فَوَجَبَ أَنْ يُرْجَعَ بِهَذَا ، كَمَا يُرْجَعُ بِالْيَدِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَ يَدًا عَادِيَّةً ، حَدَّثَتْ بِالْعَصَبِ أَوْ بِالسَّرِيقَةِ أَوْ بِالْعَارِيَّةِ أَوْ بِالْإِجَارَةِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ التَّرْجِيحَ بِهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ بِنَاءٌ ، كَحَائِطٍ مَبْنِيٍّ عَلَيْهِ ، أَوْ عَقْدٍ مُعْتَمِدٍ عَلَيْهِ ، أَوْ قَبَّةٍ ^(٦) وَنَحْوِ هَذَا ^(٧) ، فَهُوَ لَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ وَضْعَ بَنَائِهِ عَلَيْهِ ^(٨) بِمَنْزِلَةِ الْيَدِ الثَّابِتَةِ عَلَيْهِ ، لِكَوْنِهِ مُتَتَفِعًا بِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى كَوْنِ حِمْلِهِ عَلَى الْبَهِيمَةِ وَزَرْعِهِ فِي الْأَرْضِ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَتْرُكُ غَيْرَهُ يَبْنِي عَلَى حَائِطِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ لَهُ عَلَيْهِ سِتْرَةٌ ، وَلَوْ كَانَ فِي أَصْلِ الْحَائِطِ خَشَبَةٌ طَرَفُهَا تَحْتَ حَائِطٍ يَنْفَرِدُ بِهِ أَحَدُهُمَا ، أَوْ لَهُ عَلَيْهَا أَرْجٌ مَقْقُودٌ ، فَالْحَائِطُ الْمُخْتَلَفُ فِيهِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْخَشَبَةَ لَمْ يَنْفَرِدُ بِوَضْعِ بَنَائِهِ عَلَيْهَا ، فَيَكُونُ الظَّاهِرُ أَنَّ مَا عَلَيْهَا مِنَ الْبِنَاءِ لَهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا خَشَبٌ مَوْضُوعٌ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا تُرْجَعُ دَعْوَاهُ بِذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَسْمَحُ بِهِ الْجَارُ . وَقَدْ وَرَدَ الْخَبَرُ بِالنَّهْيِ عَنِ الْمَنْعِ مِنْهُ . وَعِنْدَنَا أَنَّهُ حَقٌّ يَجِبُ التَّمَكُّينُ مِنْهُ . فَلَمْ تُرْجَعْ بِهِ الدَّعْوَى ، كَأَسْنَادٍ مَنَاعِهِ فِيهِ ^(٩) ، وَتَجْصِيصِهِ وَتَزْوِيقِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُرْجَعَ بِهِ الدَّعْوَى . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ مُتَتَفِعٌ بِهِ بِوَضْعِ مَالِهِ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الْبَانِيَّ عَلَيْهِ وَالزَّارِعَ فِي الْأَرْضِ ، وَوُرُودُ الشَّرْعِ بِالنَّهْيِ عَنِ الْمَنْعِ مِنْهُ ، لَا يَمْنَعُ كَوْنَهُ دَلِيلًا عَلَى الْإِسْتِحْقَاقِ / ١٠٧/٤ ، بِدَلِيلِ أَنَّنَا ^(١٠) اسْتَدَلْنَا بِوَضْعِهِ عَلَى كَوْنِ الْوَضْعِ مُسْتَحَقًّا عَلَى الدَّوَامِ ، حَتَّى مَتَى زَالَ جَارَتْ إِعَادَتُهُ ، وَلِأَنَّ كَوْنَهُ مُسْتَحَقًّا تَشْتَرِطُ لَهُ الْحَاجَةُ إِلَى وَضْعِهِ ، فَفِيمَا لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ لَهُ مَنَعُهُ مِنْ وَضْعِهِ . وَأَمَّا السَّمَاخُ بِهِ ، فَإِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَتَسَامَحُونَ بِهِ ، وَلِهَذَا الْمَارُوِيُّ أَبُو هُرَيْرَةَ الْحَدِيثَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، طَاطَأُوا رُءُوسَهُمْ ، كَرَاهَةً لَذَلِكَ ، فَقَالَ : مَالِي

(٥) فِي الزِّيَادَةِ : هُ .

(٦-٦) فِي ١ ، م : هُ وَنَحْوُهَا .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب ، م .

(٨) فِي ١ ، ب : إِلَيْهِ .

(٩) فِي ١ ، م : أَنْ .

أَرَأَيْتُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ ؟ وَاللَّهِ لَأُرِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْثَافِكُمْ^(١٠) . وَأَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ لَا يُوجِبُونَ التَّمَكُّينَ مِنْ هَذَا ، وَيَحْمِلُونَ الْحَدِيثَ عَلَى كَرَاهَةِ الْمَنْعِ لَا عَلَى تَحْرِيمِهِ . وَلَأَنَّ الْحَائِطَ يُبْنَى لَذَلِكَ ، فَيُرْجَحُ بِهِ ، كَالْأَرْجَحِ . وَقَالَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ : لَا تُرْجَعُ الدَّعْوَى بِالْجَذْعِ الْوَاحِدِ ؛ لَأَنَّ الْحَائِطَ لَا يُبْنَى لَهُ ، وَيُرْجَعُ بِالْجَذْعَيْنِ ؛ لَأَنَّ الْحَائِطَ يُبْنَى لهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَوْضُوعٌ عَلَى الْحَائِطِ ، فَاسْتَوَى فِي تَرْجِيحِ الدَّعْوَى بِهِ قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ ، كَالْبِنَاءِ .

فصل : وَلَا تُرْجَعُ الدَّعْوَى بِكَوْنِ الدَّوَاحِلِ إِلَى أَحَدِهِمَا وَالْخَوَارِجِ وَوُجُوهِ الْآجُرِّ وَالْحِجَارَةِ ، وَلَا كَوْنِ الْآجُرَّةِ الصَّحِيحَةِ مِمَّا يَلِي مَلِكَ أَحَدِهِمَا وَأَقْطَاعِ الْآجُرِّ إِلَى مَلِكِ الْآخَرِ ، وَلَا بِمَعَاقِدِ الْقِمَاطِ فِي الْخُصِّ ، يَعْنِي عَقْدَ الْخُيُوطِ الَّتِي يُشَدُّ بِهَا الْخُصُّ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يُحْكَمُ بِهِ لِمَنْ إِلَيْهِ وَجْهُ الْحَائِطِ وَمَعَاقِدِ الْقِمَاطِ ؛ لِمَا رَوَى^(١١) نِمْرَانُ بْنُ جَارِيَةَ^(١٢) التَّمِيمِيُّ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ قَوْمًا اخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فِي خُصٍّ ، فَبَعَثَ حُذَيْفَةُ بْنُ الْيَمَانِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ، فَحَكَمَ بِهِ لِمَنْ يَلِيهِ مَعَاقِدِ الْقِمَاطِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَخْبَرَهُ ، فَقَالَ : « أَصَبْتَ ، وَأَحْسَنْتَ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(١٣) . وَرَوَى نَحْوَهُ عَنْ عَلِيٍّ . وَلَأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ^(١٤) بَأَنَ مِنْ بَنَى حَائِطًا جَعَلَ وَجْهَ الْحَائِطِ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ »^(١٥) . وَلَأَنَّ وَجْهَ الْحَائِطِ وَمَعَاقِدَ الْقِمَاطِ إِذَا كَانَا شَرِيكَيْنِ فِيهِ لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥ .
 (١١-١٢) في النسخ : « تمر بن حارثة » تصحيف وتخريف . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ١٠ / ٤٧٥ .
 (١٢) في : باب الرجلان يدعيان في خص ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٥ .
 كما أخرجه الدارقطني ، في : باب في المرأة تقتل إذا ارتدت . سنن الدارقطني ٤ / ٢٢٩ .
 (١٣) في النسخ : « جاريا » خطأ .
 (١٤) أخرجه البخاري ، في : باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخاري ٣ / ١٨٧ .
 ومسلم ، في : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦ . والترمذي ، في :
 باب ما جاء في أن البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ٨٧ ، ٨٨ .
 وابن ماجه ، في : باب اليمين على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٨ .

إلى أَحَدِهِمَا ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا ، فَبَطَلَتْ دَلَالَتُهُ كَالْتَزْوِيقِ ، وَلَئِنَّهُ يُرَادُ
لِلزُّبَيْنَةِ ، فَاشْتَبَهَ التَّزْوِيقَ . وَحَدِيثُهُمْ لَا يُثْبِتُهُ أَهْلُ الثَّقَلِ ، وَإِسْنَادُهُ مَجْهُولٌ . قَالَ ابْنُ
الْمُنْذِرِ . قَالَ الشَّالْتَنَجِيُّ ^(١٥) : ذَكَرْتُ هَذَا الْحَدِيثَ لِأَحْمَدَ ، فَلَمْ يَقْنَعُهُ ، وَذَكَرْتُهُ
١٠٧/٤ ط لإِسْحَاقَ بْنِ رَاهُوِيَه ، فَقَالَ : لَيْسَ هَذَا حَدِيثًا . / وَلَمْ يُصَحِّحْهُ . وَحَدِيثُ عَلِيٍّ فِيهِ
مَقَالٌ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْعُرْفِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْعَادَةَ جَعَلَ وَجْهَ الْحَائِطِ إِلَى خَارِجِ
لِإِرَائِهِ النَّاسَ ، كَمَا يَلْبَسُ الرَّجُلُ أَحْسَنَ أَثْوَابِهِ ، أَعْلَاهَا الظَّاهِرُ لِلنَّاسِ ، لِيَرَوْهُ ، فَيَتَزَيَّنُوا
بِهِ ، فَلَا دَلِيلَ فِيهِ .

فصل : وَلَا تُرَجَّحُ الدَّعْوَى بِالتَّزْوِيقِ وَالتَّحْسِينِ ، وَلَا يَكُونُ أَحَدُهُمَا لَهُ عَلَى الْآخَرِ
سُتْرَةٌ غَيْرُ مَبْنِيَّةٍ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يُتَسَامَحُ بِهِ ، وَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ .

فصل : وَإِنْ تَنَازَعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ ، فِي حَوَائِطِ الْبَيْتِ السُّفْلَانِيِّ ، فَهِيَ
لِصَاحِبِ السُّفْلِ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَنَفِّعُ بِهَا ، وَهِيَ مِنْ جُمْلَةِ الْبَيْتِ ، فَكَانَتْ لِصَاحِبِهِ . وَإِنْ
تَنَازَعَ حَوَائِطُ ^(١٦) الْعُلُوِّ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ تَنَازَعَ السَّقْفُ ، تَحَالَفَا ،
وَكَانَ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ؛ لِأَنَّ السَّقْفَ
عَلَى مَلِكِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَ سَرَجًا عَلَى دَابَّةٍ أَحَدُهُمَا ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ
صَاحِبِهَا . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لِصَاحِبِ السُّفْلِ . وَحُكِيَ عَنْهُ ، أَنَّهُ لِصَاحِبِ
الْعُلُوِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجْلِسُ عَلَيْهِ ، وَيَتَصَرَّفُ فِيهِ ، وَلَا يُمْكِنُهُ السُّكْنَى إِلَّا بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَاجِزٌ بَيْنَ
مَلِكَيْهِمَا ، يَنْتَفِعَانِ بِهِ ، غَيْرَ مُتَّصِلٍ بِنَاءٍ أَحَدُهُمَا اتِّصَالَ الْبُنْيَانِ ، فَكَانَ بَيْنَهُمَا ،
كَالْحَائِطِ بَيْنَ الْمَلِكَيْنِ . وَقَوْلُهُمْ : هُوَ عَلَى مَلِكِ صَاحِبِ السُّفْلِ . يَنْطَلُ بِحَيْطَانِ
الْعُلُوِّ ، وَلَا يُشَبِّهُ السَّرَجَ عَلَى الدَّابَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ غَيْرُ صَاحِبِهَا ، وَلَا يُرَادُ إِلَّا لَهَا ،
فَكَانَ فِي يَدِهِ . وَهَذَا السَّقْفُ يَنْتَفِعُ بِهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ سَمَاءُ صَاحِبِ السُّفْلِ

(١٥) هُوَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ سَعِيدٍ ، وَتَقَدَّمَ تَرْجُمَتُهُ فِي : ١ / ٣٧ .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « فِي حَوَائِطِ » .

يُظِلُّهُ ، وَأَرْضُ صَاحِبِ الْعُلُوِّ تَقْلُهُ ، فَاسْتَوَيَا فِيهِ .

فصل : وإن تَنَازَعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ فِي الدَّرَجَةِ الَّتِي يَصْعَدُ مِنْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَحْتَهَا مَرْفَقُ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ، كَسَلَّمَ مُسَمَّرًا ، أَوْ ذَكَّةً ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ الْيَدَ وَالتَّصَرُّفَ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَصْعَدُ صَاحِبِ الْعُلُوِّ لَا غَيْرَ . وَالْعَرَصَةُ الَّتِي عَلَيْهَا الدَّرَجَةُ لَهُ أَيْضًا ؛ لِإِتِّفَاعِهِ بِهَا وَحْدَهُ . وَإِنْ كَانَ تَحْتَهَا ثِنْتِي^(١٧) بُنِيَتْ لِأَجْلِهِ ، لِتَكُونَ مَذْرَجًا لِلْعُلُوِّ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ يَدَيْهِمَا عَلَيْهَا ، وَلِأَنَّهَا سَقْفٌ لِلْسُّفْلَانِيَّ ، وَمَوْطِئٌ لِلْفَوْقَانِيَّ ، فَهِيَ كَالسَّقْفِ الَّذِي بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ تَحْتَهَا طَاقٌ صَغِيرٌ لَمْ تُبْنِ الدَّرَجَةُ لِأَجْلِهِ ، وَإِنَّمَا جُعِلَ مَرْفَقًا يُجْعَلُ فِيهِ جُبُّ الْمَاءِ وَنَحْوُهُ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ؛ لِأَنَّهَا بُنِيَتْ لِأَجْلِهِ وَحْدَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ / بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ يَدَهُمَا عَلَيْهَا ، وَإِتِّفَاعُهُمَا حَاصِلٌ بِهَا ، فَهِيَ كَالسَّقْفِ .

و ١٠٨/٤

فصل : وَلَوْ تَنَازَعَا مُسْنَاةً^(١٨) بَيْنَ نَهْرٍ أَحَدُهُمَا وَأَرْضٍ الْآخَرِ ، تَحَالَفَا ، وَكَانَتْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهَا حَاجِزٌ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، فَهِيَ كَالْحَائِطِ بَيْنَ الْمِلْكَيْنِ .

فصل : إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ مُشْتَرَكٌ ، فَأَتَاهُ دَمٌ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا إِعَادَتَهُ ، فَأَبَى الْآخَرُ ، فَهَلْ يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى إِعَادَتِهِ ؟ قَالَ الْقَاضِي : فِيهِ رِوَايَتَانِ : إِحْدَاهُمَا ، يُجْبَرُ . نَقَلَهَا ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَحَرْبٌ ، وَسَيْنَدِي . قَالَ الْقَاضِي : هِيَ أَصَحُّ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَعَلَى ذَلِكَ أَصْحَابُنَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، فِي إِحْدَى رِوَايَتَيْهِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَدِيمِ قَوْلَيْهِ . وَاخْتَارَهُ بَعْضُ أَصْحَابِهِ ، وَصَحَّحَهُ ؛ لِأَنَّ فِي تَرْكِ بَنَائِهِ إِضْرَارًا ، فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ ، كَمَا يُجْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ إِذَا طَلَبَهَا أَحَدُهُمَا ، وَعَلَى النُّقْضِ إِذَا خِيفَ سُقُوطُهُ عَلَيْهِمَا ، لِقَوْلِ^(١٩) النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(٢٠) . وَهَذَا وَشَرِيكُهُ يَتَضَرَّرَانِ فِي

(١٧) سقط من : م .

(١٨) المسناة : سد يبنى لحجز ماء السيل أو النهر ، به مفاتيح للماء تفتح على قدر الحاجة .

(١٩) في ب : « ولقول » .

(٢٠) في الأصل ، ١ : « لإضرار » . وتقدم تخریج الحديث في : ٤ / ١٤٠ .

تَرْكُ بِنَائِهِ . والرواية الثانية ، لا يُجْبَرُ . نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، وَهُوَ أَقْوَى دَلِيلًا ، وَمَذْهَبُ أَى حَنِيفَةٍ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ مَالُكَ عَلَى الْإِثْقَاقِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ ، وَلَئِنَّهُ بِنَاءُ حَائِطٍ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كَالْإِتْدَاءِ ، وَلَئِنَّهُ لَا يَخْلُو ، إِمَّا أَنْ يُجْبَرَ عَلَى بِنَائِهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ ، أَوْ لِحَقِّ جَارِهِ ، أَوْ لِحَقِّهِمَا جَمِيعًا ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ ، وَلَا لِحَقِّ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ جَارُهُ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُوجِبًا عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَا . وَفَارَقَ الْقِسْمَةَ ، فَإِنَّهَا دَفْعٌ لِلضَّرَرِّ عَنْهُمَا بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، وَالْبِنَاءُ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، لِمَا فِيهِ مِنَ الْعَرَامَةِ وَإِثْقَاقِ مَالِهِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ إِجْبَارِهِ عَلَى إِزَالَةِ الضَّرَرِّ بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، إِجْبَارُهُ عَلَى إِزَالَتِهِ بِمَا فِيهِ ضَرَرٌّ ، بِدَلِيلِ قِسْمَةٍ مَا فِي قِسْمَتِهِ ضَرَرٌّ . وَيفارقُ هَذَا الْحَائِطُ إِذَا خِيفَ سُقُوطُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَخَافُ سُقُوطَ حَائِطِهِ عَلَى مَا يَتَلَفُهُ ، فَيُجْبَرُ عَلَى مَا يُزِيلُ ذَلِكَ ، وَهَذَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ انْفَرَدَ بِالْحَائِطِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ فِي تَرْكِهُ إِضْرَارًا ، فَإِنَّ الضَّرَرَ إِنَّمَا حَصَلَ بِإِهْدَامِهِ ، وَإِنَّمَا تَرْكُ الْبِنَاءِ تَرْكٌ لِمَا يَحْصُلُ النِّفْعُ بِهِ ، وَهَذَا لَا يَمْنَعُ الْإِنْسَانَ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ حَالَةِ الْإِتْدَاءِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ إِضْرَارٌ ، لَكِنْ فِي الْإِجْبَارِ / إِضْرَارٌ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُّ بِالضَّرَرِّ ، وَقَدْ يَكُونُ الْمُتَمَتِّعُ لَا تَنَفُّعَ لَهُ فِي الْحَائِطِ ، أَوْ يَكُونُ الضَّرَرُّ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنَ التَّنَفُّعِ ، أَوْ يَكُونُ مُعْسِرًا لَيْسَ مَعَهُ مَا يَبْنِي بِهِ ، فَيَكْلُفُ الْعَرَامَةَ مَعَ عَجْزِهِ عَنْهَا ، فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ إِذَا امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا لَمْ يُجْبَرْ ، فَإِنْ أَرَادَ شَرِيكُهُ الْبِنَاءَ فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْحَمْلِ وَرَسْمًا ، فَلَا يَجُوزُ مَنَعُهُ مِنْهُ ، وَلَهُ بِنَاؤُهُ بِأَنْقَاضِهِ إِنْ شَاءَ ، وَبِنَاؤُهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَإِنْ بَنَاهُ بِآلَتِهِ وَأَنْقَاضِهِ ، فَالْحَائِطُ بَيْنَهُمَا عَلَى الشَّرِكَةِ ، كَمَا كَانَ ؛ لِأَنَّ الْمُتَنَفِّقَ^(٢١) إِنَّمَا أَنْفَقَ عَلَى التَّالِيفِ ، وَذَلِكَ أَثَرٌ لَا عَيْنٌ يَمْلِكُهَا . وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَالْحَائِطُ مِلْكُهُ خَاصَّةً ، وَلَهُ مَنَعُ شَرِيكِهِ مِنَ الْإِثْقَاقِ بِهِ ، وَوَضَعَ حَشَبَهُ وَرُسُومَهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ لَهُ . وَإِذَا أَرَادَ نَقْضَهُ ، فَإِنْ كَانَ بِنَاهُ بِآلَتِهِ لَمْ يَمْلِكْ نَقْضَهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُمَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ التَّصَرُّفُ [بِمَا] فِيهِ

(٢١) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « عَلَيْهِ » .

مَضْرَّةٌ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَلَهُ نَقْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ خَاصَّةٌ . فَإِنْ قَالَ شَرِيكُهُ : أَنَا أَذْفَعُ إِلَيْكَ نِصْفَ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَلَا تَنْقُضُهُ . لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْبِنَاءِ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْإِبْقَاءِ . وَإِنْ أَرَادَ غَيْرُ الْبَانِي نَقْضَهُ ، أَوْ إِجْبَارَ بَانِيهِ عَلَى نَقْضِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، عَلَى الرَّوَّائِيَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَمْلِكْ مَنْعَهُ مِنْ بِنَائِهِ ، فَلَا نَ لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى نَقْضِهِ أَوْلَى ، فَإِنْ كَانَ لَهُ عَلَى الْحَائِطِ رَسْمٌ ائْتِفَاعٌ ، وَوَضَعُ خَشَبٍ ، قَالَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَأْخُذَ مِنِّي نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، وَتُمْكِنَنِي مِنْ ائْتِفَاعِي وَوَضْعِ خَشَبِي ، وَإِمَّا أَنْ تَقْلَعَ حَائِطَكَ ، لِتُعِيدَ الْبِنَاءَ بَيْنَنَا . فَيُلْزَمُ الْآخَرُ إِجَابَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِنْطَالُ رُسُومِهِ وَائْتِفَاعِهِ بِنَائِهِ . وَإِنْ لَمْ يُرِدِ الْاِئْتِفَاعُ بِهِ ، فَطَالَبَهُ الْبَانِي بِالْعَرَامَةِ أَوْ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يُلْزَمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْبِنَاءِ ، فَأَوْلَى أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى الْعَرَامَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أُذِنَ فِي الْبِنَاءِ وَالْإِئْتِفَاقِ ، فَيُلْزَمُهُ مَا أُذِنَ فِيهِ . فَأَمَّا عَلَى الرَّوَّايَةِ الْأُولَى ، فَمَتَى ائْتَمَنَعَ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، أَخَذَ الْحَاكِمُ مِنْ مَالِهِ وَأَتَّفَقَ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَأُتَّفَقَ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ بِأُذْنِ الْحَاكِمِ ، أَوْ إِذْنِ الشَّرِيكِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ مَتَى قَدَرَ . وَإِنْ أَرَادَ بِنَاؤُهُ ، لَمْ يَمْلِكِ الشَّرِيكُ مَنْعَهُ . وَمَا أُتَّفَقَ ؛ إِنْ تَبَرَّعَ بِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ بِهِ ، وَإِنْ نَوَى الرَّجُوعُ بِهِ ، فَهَلْ لَهُ الرَّجُوعُ بِذَلِكَ ؟ / يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءٌ عَلَى مَا إِذَا قَضَى دَيْتَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ بَنَاهُ لِنَفْسِهِ بِآلَتِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ . فَإِنْ أَرَادَ نَقْضَهُ (٢٢) ، فَلَهُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَذْفَعَ إِلَيْهِ شَرِيكُهُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ نَقْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُجْبِرَ عَلَى بِنَائِهِ ، فَأَوْلَى أَنْ يُجْبَرَ عَلَى إِبْقَائِهِ .

١٠٩/٤ و

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا حَائِطٌ قَدِيمٌ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ مُبَانَاتِهِ حَائِطًا يَحْجِزُ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، فَاِئْتَمَنَعَ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ . رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَإِنْ أَرَادَ الْبِنَاءَ وَحْدَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْبِنَاءُ إِلَّا فِي مِلْكِهِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي مِلْكٍ جَارِهِ الْمُحْتَصَنَ بِهِ ، وَلَا فِي الْمِلْكِ الْمُشْتَرَكِ بِغَيْرِ مَالِهِ فِيهِ رَسْمٌ ، وَهَذَا لَا رَسْمَ لَهُ . وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « قَلْعُهُ » .

فصل : فإن كان السُّفْلُ لِرَجُلٍ ، والعُلُو لآخر ، فانهدم السُّفْلُ الذى بينهما ، فطلب أحدهما المَبَانَةَ من الآخر ، فامتنع ، فهل يُجبرُ الْمُمتنعُ على ذلك ؟ على رَوَاتَيْنِ ، كالحائِطِ بين البَيْتَيْنِ . وللشافعي قولان كالرَوَاتَيْنِ . وإن انهدمت حِيطَانُ السُّفْلِ ، فطالبه صَاحِبُ العُلُو بإعادتها ، فعلى رَوَاتَيْنِ : إحداهما ، يُجبرُ . وهو قول مالك ، وأبى ثور ، وأحد قولَي الشافعي . فعلى هذه الرواية ، يُجبرُ على البناء وحده ؛ لأنه ملكه خاصة . والثانية ، لا يُجبرُ . وهو قول أبى حنيفة ، وإن أرادَ صَاحِبُ العُلُو بِنَاءَهُ لم يُمنع من ذلك . على الرواتين جميعا . فإن بَنَاهُ بآلته ، فهو على (٢٣) ما كان ، وإن بَنَاهُ بآلة من عنده ، فقد روى عن أحمد : لا يَتَنَفَّعُ به صَاحِبُ السُّفْلِ . يعنى حتى يُوَدَّى القِيَمَةُ ، فيَحْتَمِلُ أَنَّهُ (٢٤) لا يَسْكُنَ ، وهو قول أبى حنيفة ؛ لأنَّ البَيْتَ إِنَّمَا يُبْنَى لِلسُّكْنَى ، فلم يَمْلِكْهُ كغيره ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أرادَ الاِنتِفَاعَ بالحِيطَانِ خاصةً ، من طَرَجِ الحَشَبِ ، وسَمَرِ الوَيْدِ ، وَتَجُّعِ الطَّاقِ ، ويكون له السُّكْنَى من غير تَصَرُّفٍ فى مِلْكٍ غيره ، وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنَّ السُّكْنَى إِنَّمَا هى إِقامَةُ فى فَنَاءِ الحِيطَانِ ، من غير تَصَرُّفٍ فيها ، فَأَشْبَهَ الاستِظْلَالَ بها من خَارِجٍ . فَأَمَّا إِنْ طَالَبَ صَاحِبُ السُّفْلِ بالبناء ، وأبى صَاحِبُ العُلُو ، ففيه رَوَاتَانِ : إحداهما ، لا يُجبرُ على بِنَائِهِ ، ولا مُسَاعَدَتِهِ . وهو قول الشافعي ؛ لأنَّ الحائِطَ مِلْكُ صَاحِبِ السُّفْلِ مُحْتَصٌّ به ، فلم يُجبرُ غَيْرُهُ على بِنَائِهِ ، ولا المُسَاعَدَةِ فيه ، / كما لو لم يَكُنْ عليه عُلُو . والثانية ، يُجبرُ على مُسَاعَدَتِهِ والبناء معه ، وهو قول أبى الدرداء ؛ لأنه حَائِطٌ يَشْتَرِكَانِ فى الاِنتِفَاعِ به ، أَشْبَهَ الحائِطَ بين الدَّارَيْنِ .

فصل : فإن كان بين البَيْتَيْنِ حَائِطٌ لأحدهما ، فانهدم ، فطلب أحدهما من الآخر بِنَاءَهُ ، أو المُسَاعَدَةَ (٢٥) فى بِنَائِهِ ، فامتنع ، لم يُجبرُ ؛ لأنه إِنْ كان الْمُمتنعُ مَالِكَهُ لم يُجبرُ على بِنَاءِ مِلْكِهِ الْمُحْتَصِّ به ، كحائِطِ الآخر ، وَإِنْ كان الْمُمتنعُ الآخر لم يُجبرُ على بِنَاءِ

(٢٣) فى م زيادة : « كل » .

(٢٤) فى ١ ، م : « وأن » .

(٢٥) فى الأصل : « والمساعدة » .

مِلْكٍ غَيْرِهِ ، ولا الْمُسَاعَدَةَ فِيهِ . ولا يَلْزَمُ على هذا حَائِطُ السُّفْلِ ، حيث يُجْبَرُ صَاحِبُهُ على بِنَائِهِ ، مع اخْتِصَاصِهِ بِمِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صَاحِبَ الْعُلُوِّ مَلَكُهُ مُسْتَحَقٌّ لِإِبْقَائِهِ على حِيطَانِ السُّفْلِ دَائِمًا ، فَلَزِمَ صَاحِبَ السُّفْلِ تَمْكِينُهُ مِمَّا يَسْتَحِقُّهُ ، وَطَرِيقُهُ الْبِنَاءُ ، فَلِذَلِكَ وَجَبَ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الْحَائِطِ بِنَاءَهُ ، أَوْ نَقْضَهُ بَعْدَ بِنَائِهِ ، لَمْ يَكُنْ لِجَارِهِ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ خَاصَّةٌ . وَإِنْ أَرَادَ جَارُهُ بِنَاءَهُ ، أَوْ نَقْضَهُ ، أَوْ التَّصَرُّفَ فِيهِ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ .

فصل : ومتى هَدَمَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْحَائِطَ الْمُشْتَرَكَ ، أَوْ السَّقْفَ الَّذِي بَيْنَهُمَا ، نَظَرْتُ ، فَإِنْ خِيفَ سُقُوطُهُ ، وَوَجِبَ هَدْمُهُ ، فَلَا شَيْءَ على هَادِمِهِ ، وَيَكُونُ كَالْوَأْدِ هَدَمَ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْوَاجِبَ ، وَأَزَالَ الضَّرَرَ الْحَاصِلَ بِسُقُوطِهِ ، وَإِنْ هَدَمَهُ لِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَعَلَيْهِ إِعَادَتُهُ سِوَاءَ هَدْمِهِ لِحَاجَةِ أَوْ غَيْرِهَا ، وَسِوَاءِ التَّزَمِ إِعَادَتَهُ أَوْ لَمْ يَتَزَمَ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ ، فَلَزِمَهُ إِعَادَتُهُ ^(٢٦) .

فصل : فَإِنْ اتَّفَقَا على بِنَاءِ الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَمِلْكُهُ بَيْنَهُمَا الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُصَالِحُ على بَعْضِ مِلْكِهِ بَبَعْضٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْوَأْدِ أَقْرَأَ لَهُ بِدَارٍ فَصَالَحَهُ على سُكْنَاهَا . وَلَوْ اتَّفَقَا على أَنْ يُحْمِلَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا شَاءَ ، لَمْ يَجْزَ ؛ لِجَهَالَةِ الْجَمْلِ فَإِنَّهُ يُحْمِلُهُ مِنَ الْأَثْقَالِ مَا لَا طَاقَةَ لَهُ بِحِمْلِهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا على أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، جَازَ .

فصل : فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أَوْ قَنَاطَةٌ ، أَوْ دُولَابٌ ، أَوْ نَاعُورَةٌ ، أَوْ عَيْنٌ ، فَاحْتِاجَ إِلَى عِمَارَةٍ ، فَقِي إِجْبَارِ الْمُتَمَتِّعِ مِنْهُمَا رَوَاتِنًا . وَحُكِيَ عن أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ هَهُنَا على الْإِتِّفَاقِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ شَرِيكُهُ مِنْ مُقَاسَمَتِهِ ، فَيَضُرُّهُ ، بِخِلَافِ الْحَائِطِ ؛ فَإِنَّهُ يُتِمَكَّنُهُمَا / قِسْمَةُ الْعُرْصَةِ . وَالْأَوَّلَى التَّسْوِيَةُ ؛ لِأَنَّ فِي قِسْمَةِ الْعُرْصَةِ إِضْرَارًا بَهُمَا ^(٢٧) ، ١١٠/٤

(٢٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « إِزَالَتُهُ » أَيْ إِزَالَةُ الضَّرَرِ .

(٢٧) فِي ١ : « لُهُمَا » .

والإتفاق أرفعُ بهما ، فكأننا سواء . والحُكْمُ في الدُولَابِ والنَّاعُورَةِ ، كالحُكْمِ في الحائِطِ ، على ما ذُكِّرْتَاهُ . وأما البِئْرُ والنَّهْرُ ، فلكلِّ واحدٍ منهما الإتفاقُ عليه ، وإذا ائْتَفَقَ عليه ، لم يَكُنْ له مَنَعُ الآخرِ من نصيبه من الماءِ ؛ لأنَّ الماءَ يَنْبُعُ من مِلْكَيْهِمَا ، وإنَّما أُثِرَ أحدهما في نَقْلِ الطَّيْنِ منه ، وليس له فيه عَيْنُ مالٍ ، فأشْبَهَ الحائِطَ إِذَا بَنَاهُ بِآلَتِهِ ، والحُكْمُ في الرُّجُوعِ بِالتَّفَقُّعِ ، كحُكْمِ الرُّجُوعِ في التَّفَقُّعِ على الحائِطِ ، على ما مَضَى .

فصل : إذا كان لِرَجُلَيْنِ بَابَانِ فِي رُقَاقٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، أَحَدُهُمَا قَرِيبٌ مِنْ بَابِ الرُّقَاقِ ، وَالْآخَرُ فِي دَاخِلِهِ ، فَلِلْقَرِيبِ مِنَ الْبَابِ نَقْلُ بَابِهِ إِلَى مَا يَلِي بَابَ الرُّقَاقِ ؛ لِأَنَّ لَهُ الْاِسْتِطْرَاقَ إِلَى بَابِهِ الْقَدِيمِ ، فَقَدْ نَقَصَ مِنْ اسْتِطْرَاقِهِ ، وَمَتَى أَرَادَ رَدُّ بَابِهِ إِلَى مَوْضِعِهِ الْأَوَّلِ ، كَانَ لَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يَسْقُطْ ، وَإِنْ أَرَادَ نَقْلُ بَابِهِ تَلْقَاءَ صَدْرِ الرُّقَاقِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ يُقَدَّمُ بَابُهُ إِلَى مَوْضِعٍ لَا اسْتِطْرَاقَ لَهُ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ بَابَهُ فِي أَوَّلِ الْبِنَاءِ ، فِي أَى مَوْضِعٍ شَاءَ ، فَتَرَكُهُ فِي مَوْضِعٍ لَا يُسْقِطُ حَقَّهُ ، كَمَا أَنْ تُحَوِّلَهُ بَعْدَ فَتْحِهِ لَا يُسْقِطُهُ^(٢٨) ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَرْفَعَ حَائِطَهُ كُلَّهُ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْ رَفْعِ مَوْضِعِ الْبَابِ وَحْدَهُ . فَأَمَّا صَاحِبُ الْبَابِ الثَّانِي ، فَإِنْ كَانَ فِي دَاخِلِ الدَّرَجِ بَابٌ^(٢٩) لآخر ، فَحُكْمُهُ فِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ حُكْمُ صَاحِبِ الْبَابِ الْأَوَّلِ سِوَاءَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ثُمَّ^(٣٠) بَابٌ آخَرُ ، كَانَ لَهُ تَحْوِيلُ بَابِهِ حَيْثُ شَاءَ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى الْأَوَّلِ ، لَا مُتَنَازِعَ لَهُ فِيْمَا تَجَاوَزَ الْبَابَ الْأَوَّلَ ، وَعَلَى الْاِحْتِمَالِ الَّذِي ذُكِّرْتَاهُ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ذَلِكَ . وَلَوْ أَرَادَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(٣١) أَنْ يَفْتَحَ فِي دَارِهِ بَابًا آخَرَ ، أَوْ يَجْعَلَ دَارَهُ دَارَيْنِ ، يَفْتَحُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بَابًا ، جَازَ ، إِذَا وَضَعَ الْبَايِنِ فِي مَوْضِعِ اسْتِطْرَاقِهِ . وَإِنْ كَانَ ظَهَرَ دَارٍ أَحَدُهُمَا إِلَى شَارِعٍ نَافِذٍ ، أَوْ رُقَاقٍ نَافِذٍ ، فَفَتَحَ فِي حَائِطِهِ بَابًا إِلَيْهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ

(٢٨) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « يَسْقُطُ »

(٢٩-٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

يَرْتَفِقُ بِمَا لَمْ يَتَّعِنَ مِلْكُ أَحَدٍ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : فِي هَذَا إِضْرَارٌ بِأَهْلِ الدَّرَبِ ؛ لَأَنَّهُ يَجْعَلُهُ نَافِذًا يَسْتَطْرِقُ إِلَيْهِ مِنَ الشَّارِعِ . قُلْنَا : لَا يَصِيرُ الدَّرَبُ نَافِذًا ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ دَارُهُ نَافِذَةً ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ اسْتِطْرَاقُ دَارِهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ بَابُهُ فِي الشَّارِعِ ، وَظَهَرَ دَارُهُ إِلَى الرُّقَاقِ الَّذِي لَا يَنْفُذُ ، فَأَرَادَ أَنْ يَفْتَحَ بَابًا إِلَى الرُّقَاقِ لِلْإِسْتِطْرَاقِ ، لَمْ / يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقٌّ فِي الدَّرَبِ الَّذِي قَدْ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ مِلْكُ أَرْبَابِهِ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْوَجْهِ الَّذِي قَدْ تَقَدَّمَ . وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ بَابًا لِكَيْ يَغِيرَ الْإِسْتِطْرَاقَ ، أَوْ يَجْعَلَ لَهُ بَابًا يَسْمُرُهُ ، أَوْ شَبَابًا ، جَازَ ؛ لَأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ رَفْعُ الْحَائِطِ بِجُمْلَتِهِ ، فَبَعْضُهُ أَوْلَى . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ شَكْلَ الْبَابِ مَعَ تَقَادُمِ الْعَهْدِ رَبُّمَا اسْتَدِلَّ بِهِ عَلَى حَقِّ الْإِسْتِطْرَاقِ ، فَيُضَرُّ بِأَهْلِ الدَّرَبِ ، بِخِلَافِ رَفْعِ الْحَائِطِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى شَيْءٍ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ دَارَانِ مُتَلَاصِقَتَيْنِ ظَهَرُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى ظَهْرِ الْأُخْرَى ، وَبَابُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا فِي رُقَاقٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَرَفَعَ الْحَاجِزَ بَيْنَهُمَا ، وَجَعَلَهُمَا دَارًا وَاحِدَةً ، جَازَ . وَإِنْ فَتَحَ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بَابًا إِلَى الْأُخْرَى ، لِيَتِمَّكَنَ مِنَ النَّطْرِقِ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى كِلَا الدَّارَيْنِ ، لَمْ يَجُزْ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُثْبِتُ الْإِسْتِطْرَاقَ فِي الدَّرَبِ الَّذِي لَا يَنْفُذُ مِنْ دَارٍ لَمْ يَكُنْ لَهَا فِيهِ طَرِيقٌ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ رَبُّمَا أَدَّى إِلَى إِبْتِهَاتِ الشُّفْعَةِ فِي قَوْلٍ مِنْ يُثْبِتُهَا بِالطَّرِيقِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الدَّارَيْنِ فِي رُقَاقٍ الْأُخْرَى . وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لَهُ رَفْعَ الْحَاجِزِ جَمِيعَهُ ، فَبَعْضُهُ أَوْلَى ، وَهَذَا أَشْبَهُ ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ لِلْمَنْعِ مُنْتَفِضٌ بِمَا إِذَا رَفَعَ الْحَائِطَ جَمِيعَهُ . وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ . إِذَا صَلَحَ أَهْلُ الدَّرَبِ بِعَوَضٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ أَذْنُوا لَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، جَازَ .

فصل : إِذَا تَنَازَعَ صَاحِبُ الْبَابَيْنِ فِي الدَّرَبِ ، وَتَدَاعَايَاهُ ، وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ بَابٌ لِغَيْرِهِمَا ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ : أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُحْكَمُ بِالدَّرَبِ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى الْبَابِ الَّذِي يَلِي أَوَّلَهُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ لِهَمَا الْإِسْتِطْرَاقَ فِيهِ جَمِيعًا ، وَمَا بَعْدَهُ إِلَى صَدْرِ الدَّرَبِ لِلْآخِرِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِطْرَاقَ فِي

ذلك له وحده ، فله اليد والتصرف . والوجه الثاني ^(٣١) ، أن من أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما ؛ لأن ما يقابل ذلك لهما التصرف فيه ، بناء على أن للأول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه ، وما بعد ذلك للثاني ؛ لأنه ليس بفناء للأول ، ولا له فيه استطرأ . والثالث ، يكون بينهما ؛ لأن لهما جميعا يدا وتصرفا . وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ، وآخر سفله ، ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الخان ، فاختلفا في الصحن ، فما كان من الدرجة إلى باب الخان / بينهما ، وما وراء ذلك إلى صدر الخان على الوجهين ، أحدهما هو لصاحب السفلى . والثاني هو بينهما . فإن كانت الدرجة في صدر الصحن ، فالصحن بينهما ؛ لوجود اليد والتصرف منهما جميعا . فعلى الوجه الذى يقول : إن صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني . له أن يستبدل ^(٣٢) بما يختص به منه ، بأن يجعله دهليزا لنفسه ، أو يدخله في داره على وجه لا يضرب بجاره ، ولا يضع على حائطه شيئا ؛ لأن ذلك ملك له ينفرده به .

فصل : وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضرب بجاره ، نحو أن يبنى فيه حماما بين الدور ، أو يفتح خبزا بين العطارين ، أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها ، أو يحفر بئرا إلى جانب بئر جاره يجذب ماءها . وبهذا قال بعض أصحاب أئمة حنيفة . وعن أحمد رواية أخرى : لا يمنع . وبه قال الشافعي ، وبعض أصحاب أبي حنيفة ؛ لأنه تصرف في ملكه المختص به ، ولم يتعلق به حق غيره ، فلم يمنع منه ، كالمطبخ في داره أو خبز فيها ، وسلموا أنه يمنع من ^(٣٣) الدق الذى يهدم الحيطان وينثرها . ولنا : قول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ^(٣٤) . ولأن هذا إضرار بجيرانه ، فمنع منه ، كالدق الذى يهز الحيطان وينثرها ، وكسقي الأرض الذى يتعدى إلى هدم

(٣١) في ١ : الآخر .

(٣٢) في ب : يستند .

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) في الأصل ، ١ ، ب : إضرار . وتقدم تخرج الحديث ، في : ٤ / ١٤٠ .

حِيطَانٍ جَارِهِ ، أَوْ إِشْعَالِ نَارٍ تَتَعَدَّى إِلَى إِحْرَاقِهَا . قَالُوا : هَهُنَا تَعَدَّتِ النَّارُ الَّتِي أَضْرَمَهَا ، وَالْمَاءُ الَّذِي أُرْسِلَ ، فَكَانَ مُرْسِيًّا لَذَلِكَ فِي مَلِكٍ غَيْرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أُرْسِلَ إِلَيْهَا قَصْدًا . قُلْنَا : وَالذُّخَانُ هُوَ أَجْزَاءُ الْحَرِيقِ الَّتِي أُحْرِقَتْ ، فَكَانَ مُرْسِيًّا لَهُ فِي مَلِكٍ جَارِهِ ، فَهُوَ كَأَجْزَاءِ النَّارِ وَالْمَاءِ . وَأَمَّا دُخَانُ الْخُبْزِ وَالطَّبِيخِ ، فَإِنَّ ضَرَرَهُ يَسِيرٌ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، وَتَدْخُلُهُ الْمُسَامَحَةُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ سَطْحُ أَحَدِهِمَا أَعْلَى مِنْ سَطْحِ الْآخَرِ ، فَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْأَعْلَى الصُّعُودُ عَلَى سَطْحِهِ عَلَى وَجْهِ يُشْرِفُ عَلَى سَطْحِ جَارِهِ ، إِلَّا أَنْ يَبْنِيَ سِتْرَةً تَسْتُرُهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَلْزَمُهُ عَمَلُ سِتْرَةٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَاجِزٌ بَيْنَ مَلِكَيْهِمَا ، فَلَا^(٣٥) يُجْبَرُ أَحَدُهُمَا عَلَيْهِ ، كَالْأَسْفَلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِضْرَارٌ بِجَارِهِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَذَقِّ يَهْزُ الْحِيطَانِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَكْشِفُ جَارَهُ ، وَيَطْلُعُ عَلَى حُرْمِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أُطْلِعَ عَلَيْهِ مِنْ صَبِيرٍ بَابِهِ / أَوْ خَصَاصِيهِ^(٣٦) ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَطْلَعَ إِلَيْكَ ، فَحَذَفْتَهُ بِخَصَاصَةٍ ، فَفَقَاتَ عَيْنَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ »^(٣٧) . وَيُقَارِقُ الْأَسْفَلَ ؛ فَإِنَّ تَصْرِفَهُ لَا يَضُرُّ بِالْأَعْلَى ، وَلَا يَكْشِفُ دَارَهُ .

فصل : إِذَا كَانَتْ بَيْنَهُمَا عَرَصَةٌ حَائِطٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى قَسْمِهَا طَوْلًا ، جَازَ ذَلِكَ ، سِوَاءِ اتَّفَقَا عَلَى قَسْمِهَا طَوْلًا أَوْ عَرْضًا ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُمَا ، وَلَا تَخْرُجُ عَنْهُمَا . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا قَسْمَهَا طَوْلًا^(٣٨) وَهُوَ أَنْ يُجْعَلَ لَهُ نِصْفُ الطُّولِ فِي جَمِيعِ الْعَرْضِ ، وَلِلْآخَرِ مِثْلُهُ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْقِسْمَةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « فَلَمْ » .

(٣٦) صَبِيرُ الْبَابِ : شَقُّهُ عِنْدَ مَلْتَقَى الرِّجَالِ وَالْعِضَادَةِ . وَالْخَصَاصُ : جَمْعُ الْخَصَاصَةِ ، وَهِيَ الْفَرْجَةُ أَوْ الْخَلْلُ أَوْ الْخَزَقُ ، فِي بَابِ أَوْ غَيْرِهِ .

(٣٧) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ أَخَذَ حَقَّهُ أَوْ اقْتَصَصَ دُونَ السُّلْطَانِ ، وَبَابِ مَنْ أُطْلِعَ فِي بَيْتِ قَوْمٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩ / ٨ ، ٩ ، ١٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ النَّظَرِ فِي بَيْتِ غَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَابِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٦٩٩ .

(٣٨) سَقَطَ مِنْ : م .

لأن ذلك لا يضُرُّ . فإذا اقتسما اقتَرَعَا ، فكان لكل واحد منهما ما تُخْرُجُ به القُرْعَةُ ، فإن كان مَبْنِيًّا فلا كلامَ ، وإن كان غير مَبْنِيٍّ ، كان لكل واحد منهما أن يَبْنِيَ في نَصِيهِهِ ، وإن أَحَبَّ أن يَدْخُلَ بعضَ عَرَصَتِهِ في دَارِهِ فَعَلَّ ، وإن أَحَبَّ أن يَزِيدَ في حَائِطِهِ من عَرَصَتِهِ فَعَلَّ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يُجَبَّرَ على الْقِسْمَةِ ؛ لَأَنَّهَا تُوجِبُ اخْتِصَاصَ كُلِّ واحدٍ منهما ببعضِ الحَائِطِ الْمُقَابِلِ لِمِلْكِ شَرِيكِهِ ، وَزَوَالَ مِلْكِ شَرِيكِهِ ، فَيَتَضَرَّرُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على حَائِطٍ يَسْتَرُّ مِلْكَهُ ، وربما اخْتَارَ أَحَدُهُمَا أن لا يَبْنِيَ حَائِطَهُ ، فَيَبْقَى مِلْكُ^(٣٩) كُلِّ واحدٍ منهما مَكْشُوفًا ، أو يَبْنِيهِ وَيَمْنَعُ جَارَهُ من وَضْعِ حَشْبِهِ عليه ، وهذا ضَرَرٌ لَا يَرُدُّ الشَّرْعُ بِالْإِجْبَارِ عليه . فإن قِيلَ : فإذا كان مُشْتَرَكًا تَمَكَّنَ أيضًا من مَنعِ شَرِيكِهِ وَضْعَ حَشْبِهِ عليه . قُلْنَا : إذا كان له عليه رَسْمٌ وَضِعَ حَشْبِهِ ، أو انْتِفَاعٌ به ، لم يَمْلِكْ مَنَعُهُ من رَسْمِهِ ، وهُنَا يَمْلِكُ مَنَعُهُ بِالْكُلِّيَّةِ . وَأَمَّا إِنْ طَلَبَ قِسْمَهَا عَرْضًا ، وهو أن يُجْعَلَ لكل واحدٍ منهما نِصْفُ العَرْضِ في كَمَالِ الطُّوْلِ ، نَظَرْنَا ، فإن كانت العَرَصَةُ لَا تُتَسِعُ لِحَائِطَيْنِ ، لم يُجَبَّرِ الْمُتَمَتِّعُ من قَسْمِهَا^(٤٠) . واختَارَ ابنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ يُجَبَّرُ . وهو ظَاهِرُ كلامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا عَرَصَةٌ ، فَأُجَبِّرُ على قَسْمِهَا ، كَعَرَصَةِ الدَّارِ . وَلَنَا ، أَنَّ فِي قَسْمِهَا ضَرَرًا ، فلم يُجَبَّرِ الْمُتَمَتِّعُ من قَسْمِهَا عليه ، كَالدَّارِ الصَّغِيرَةِ ، وما ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِذَلِكَ . وإن كانت تُتَسِعُ لِحَائِطَيْنِ ، بحيثُ يَحْصُلُ لكل واحدٍ منهما ما يَبْنِي فِيهِ حَائِطًا ، ففي إِجْبَارِ الْمُتَمَتِّعِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا : يُجَبَّرُ . قَالَ أَبُو الْحَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي الْقِسْمِ^(٤١) ؛ لَكَوْنِ كُلِّ واحدٍ منهما يَحْصُلُ / له ما يَنْدَفِعُ بِهِ حَاجَتُهُ ، فَأَشْبَهَ عَرَصَةَ الدَّارِ الَّتِي يَحْصُلُ لكل واحدٍ منهما ما يَبْنِي فِيهِ دَارًا . وَالثَّانِي ، لَا يُجَبَّرُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ لَا تَقَعُ فِيهَا قُرْعَةٌ ؛ لِأَنَّا لَوْ أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، لم نَأْمَنَ أن تُخْرَجَ قُرْعَةٌ كُلُّ واحدٍ منهما على ما يَلِي مِلْكَ جَارِهِ ، فلا يَنْتَفِعُ بِهِ ، فلو أُجْبِرْنَا هُنا عَلَى الْقِسْمَةِ

و ١١٣/٤

(٣٩) سقط من : ب .

(٤٠) في م زيادة : « واختلفوا » .

(٤١) في م : « القسمة » .

لأَجْبِرْتَاهُ عَلَى أَخْذِ مَا يَلِي دَارَهُ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ ، وَهَذَا لَا يُظَيِّرُ لَهُ . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ
وَجَهَانِ ، كَهَذَيْنِ . وَمَتَى اقْتَسَمَا الْعَرَصَةَ طُولًا ، فَبَتَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِنَفْسِهِ حَائِطًا ،
وَبَقِيَتْ بَيْنَهُمَا فُرْجَةٌ ، لَمْ يُجْبَرْ أَحَدُهُمَا عَلَى سَدِّهَا ، وَلَمْ يُنَمَّعْ مِنْ سَدِّهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجْرِي
مَجْرَى بِنَاءِ الْحَائِطِ فِي عَرَصَتِهِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى قِسْمَتِهِ طُولًا ، جَازَ ، وَيُعْلَمُ بَيْنَ نَصِيْبِيهِمَا
بِعَلَامَةٍ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى قِسْمَتِهِ عَرْضًا ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَجُوزُ^(٤٢) ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما ، لَا
يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، فَأَشْبَهَ الْعَرَصَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجُوزَ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ إِلَّا بِتَمْيِيزٍ
نَصِيْبٍ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ ، بِحَيْثُ يُمَكِّنُهُ الْإِتِّفَاعُ بِنَصِيْبِهِ دُونَ نَصِيْبِ صَاحِبِهِ ، وَهَهُنَا
لَا يَتَمَيَّزُ ، وَلَا يُمَكِّنُ الْإِتِّفَاعُ أَحَدَهُمَا بِنَصِيْبِهِ مُنْفَرِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ وَضَعَ خَشْبَهُ عَلَى أَحَدِ
جَانِبَيْ الْحَائِطِ ، كَانَ نَقْلُهُ عَلَى الْحَائِطِ كُلِّهِ ، وَإِنْ فَتَحَ فِيهِ طَاقًا يُضَعِّفُهُ ، ضَعْفُ كُلِّهِ ،
وَإِنْ وَقَعَ بَعْضُهُ ، تَضَرَّرَ النَّصِيْبُ الْآخَرُ . وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهُ وَأَتَى الْآخَرَ ، فَذَكَرَ
الْقَاضِي ، أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْحَائِطِ كَالْحُكْمِ فِي عَرَصَتِهِ ، سَوَاءً ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَسْمِ
الْحَائِطِ ، إِلَّا أَنْ يَطْلُبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهُ طُولًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى قِسْمِهِ أَيْضًا ، وَهُوَ
أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا إِنْ قَطَعَاهُ بَيْنَهُمَا ، فَقَدْ أَتَلَفَا جُزْءًا مِنَ
الْحَائِطِ ، وَلَا يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ مِنْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا ثَوْبٌ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِطْعَهُ .
وَإِنْ لَمْ يُقْطَعْ وَعَلِمَا عِلَامَةً عَلَى نَصْفِهِ ، كَانَ ائْتِفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيْبِهِ ائْتِفَاعًا بِنَصِيْبِ
الْآخَرِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَسْمِ الدَّارِ وَقَسْمِ حَائِطِهَا الْمُحِيطِ بِهَا ، وَكَذَلِكَ
قَسْمِ الْبُسْتَانِ وَحَائِطِهِ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَطْعِ الْمُضِرِّ ، بَلْ يُعْلَمُهُ بِخَطِّ بَيْنَ نَصِيْبِيهِمَا ، وَلَا
يُلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ ائْتِفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيْبِ الْآخَرِ وَإِنْ اتَّصَلَ بِهِ ، بِدَلِيلِ الْحَائِطِ الْمُتَّصِلِ فِي
دَارَيْنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤٢) فِي مِ نَهَادَةِ : الْقِسْمَةُ .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة ، والإجماع . أما السنة ، فما روى أبو هريرة ، أن النبي ﷺ قال / : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وفي لَفْظٍ : « مَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلْ » ^(٢) . وأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى جَوَازِ الْحَوَالَةِ فِي الْجُمْلَةِ ، وَاشْتِقَاقُهَا مِنْ تَحْوِيلِ الْحَقِّ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ ، وَقَدْ قِيلَ : إِنَّهَا بَيِّنَةٌ ، فَإِنَّ الْمُحِيلَ يَشْتَرِي مَا فِي ذِمَّتِهِ بِمَالِهِ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَجَازَ تَأْخِيرُ الْقَبْضِ رُخْصَةً ؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ عَلَى الرِّفْقِ ، فَيَدْخُلُهَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ لَذَلِكَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا عَقْدُ إِزْفَاقٍ مُتَّفَقٌ بِنَفْسِهِ ، لَيْسَ بِمَحْمُولٍ عَلَى غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَيِّنًا لَمَا جَازَتْ ، لِكُونِهَا بَيِّنَةٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وَلَمَّا جَازَ التَّفَرُّقُ ^(٣) قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ بَيِّنٌ مَالِ الرَّبَا بِجِنْسِهِ . وَلَجَازَتْ بِلَفْظِ الْبَيْعِ ، وَلَجَازَتْ بَيْنَ جِنْسَيْنِ ، كَالْبَيْعِ كُلِّهِ . وَلِأَنَّ لَفْظَهَا يُشْعِرُ بِالتَّحْوِيلِ لَا بِالْبَيْعِ ، فَعَلَى هَذَا لَا يَدْخُلُهَا خِيَارٌ ، وَتَلَزَمُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ، وَهَذَا أَشْبَهُ بِكَلَامِ أَحْمَدَ وَأَصُولِهِ . وَلَا بُدَّ فِيهَا مِنْ مُحِيلٍ وَمُحْتَالَ وَمُحَالٍ عَلَيْهِ . وَبِشَرَطٍ فِي صِحَّتِهَا رِضَى الْمُحِيلِ ، بِإِخْلَافٍ ؛ فَإِنَّ الْحَقَّ عَلَيْهِ ، وَلَا يَتَعَيَّنُّ عَلَيْهِ جِهَةٌ قَضَائِهِ . وَأَمَّا الْمُحْتَالَ وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ ، فَلَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُمَا ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٨٢٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ مِثْلُ ذَلِكَ الْحَقِّ ، فَرَضِي ، فَقَدْ بَرَأَ الْمُحِيلُ أَبَدًا)

ومن شرط صِحَّةِ الْحَوَالَةِ شَرْوُطٌ أَرْبَعَةٌ : أَحَدُهَا ، تَمَاطُلُ الْحَقَّيْنِ ؛ لِأَنَّهَا تَحْوِيلٌ

(١) تقدم تخريجه في : ٦ / ٥٨٩ .

(٢) هذا اللفظ أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٤٦٣ . والبيهقي ، في : باب من أحييل على ملىء ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦ / ٧٠ . وابن أبي شيبة ، في : باب في مطل الغنى ودفعه ، من كتاب البيوع . المصنف ٧ / ٧٩ . والبخاري ، في : باب مطل الغنى ظلم ، من كتاب البيوع . كشف الاستار ٢ / ١٠٠ . والهيثمى ، في : باب مطل الغنى ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ٤ / ١٣١ .

(٣) في ب : التصرف .

لِلْحَقِّ وَنَقَلَ لَهُ ، فَيُنْقَلُ عَلَى صِفَتِهِ ، وَيُعْتَبَرُ تَمَثُّلُهُمَا فِي أُمُورٍ ثَلَاثَةٍ : أَحَدُهَا ، الْجِنْسُ .
فَيُحِيلُ مَنْ عَلَيْهِ ذَهَبٌ بِذَهَبٍ ، وَمَنْ عَلَيْهِ فِضَّةٌ بِفِضَّةٍ . وَلَوْ أَحَالَ مَنْ عَلَيْهِ ذَهَبٌ بِفِضَّةٍ ،
أَوْ مَنْ عَلَيْهِ فِضَّةٌ بِذَهَبٍ ، لَمْ يَصِحَّ . الثَّانِي ، الصِّفَةُ . فَلَوْ أَحَالَ مَنْ عَلَيْهِ صِيحَاحٌ
بِمُكْسَرَةٍ ، أَوْ مَنْ عَلَيْهِ مِصْرِيَّةٌ بِأَمِيرِيَّةٍ ، لَمْ يَصِحَّ . الثَّالِثُ ، الْحُلُولُ وَالتَّاجِيلُ . وَيُعْتَبَرُ
اتِّفَاقُ أَجَلِ الْمُوجِّلَيْنِ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا حَالًا وَالْآخَرُ مُوَجَّلًا ، أَوْ أَجَلُ أَحَدِهِمَا إِلَى
شَهْرٍ وَالْآخَرُ إِلَى شَهْرَيْنِ ، لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ . وَلَوْ كَانَ الْحَقَّانِ حَالَيْنِ ، فَشَرَطَ عَلَى
الْمُحْتَالِ أَنْ يَقْبِضَ حَقَّهُ أَوْ بَعْضَهُ بَعْدَ شَهْرٍ لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ لَا يَتَأَجَّلُ ، وَلِأَنَّهُ
شَرَطَ مَا لَوْ كَانَ ثَابِتًا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ ؛ فَكَذَلِكَ إِذَا شَرَطَهُ ^(١) . وَإِذَا
اجْتَمَعَتْ هَذِهِ الْأُمُورُ ، وَصَحَّتْ الْحَوَالَةُ ، وَتَرَضِيََا بِأَنْ يَدْفَعَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ ^(٢) خَيْرًا مِنْ
حَقِّهِ ، أَوْ رَضِيَ الْمُحْتَالُ بِدُونِ الصِّفَةِ ، أَوْ رَضِيَ مَنْ عَلَيْهِ الْمُوَجَّلُ بِتَعْجِيلِهِ ، أَوْ رَضِيَ
مَنْ لَهُ الْحَالُ / بِإِنظَارِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ فِي الْقَرْضِ ، فَفِي الْحَوَالَةِ أَوْلَى . وَإِنْ مَاتَ
الْمُحِيلُ ، أَوْ الْمُحَالُ ، فَلَا أَجَلَ بِحَالِهِ . وَإِنْ مَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ ، فَفِي حُلُولِ الْحَقِّ
رَوَايَتَانِ ، مَضَى ذِكْرُهُمَا .

١١٣/٤ د

الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ عَلَى دَيْنٍ مُسْتَقَرٍّ . وَلَا يُعْتَبَرُ أَنْ يُحِيلَ بِدَيْنٍ [غَيْرِ] ^(٣)
مُسْتَقَرٍّ ، إِلَّا أَنْ السَّلَامَ لَا تَصِحَّ الْحَوَالَةُ بِهِ وَلَا عَلَيْهِ ، لِأَنَّ دَيْنَ السَّلَامِ لَيْسَ بِمُسْتَقَرٍّ لِكَوْنِهِ
بِعَرَضِ الْفَسْخِ ، لَا يَقْطَاعُ الْمُسْلِمُ فِيهِ . وَلَا تَصِحَّ الْحَوَالَةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَصِحَّ إِلَّا فِيمَا
يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ ، وَالسَّلَامُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ
أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » ^(٤) . وَلَا تَصِحَّ الْحَوَالَةُ عَلَى الْمُكَاتَبِ بِمَالٍ

(١) فِي ب : « اشترطه » .

(٢) فِي ب زِيَادَةٌ : « إِلَيْهِ » .

(٣) تَكْمَلَةُ يَصِحُّ بِهَا الْمَعْنَى .

(٤) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي ٦ : ٤١٧ .

الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ أَدَائِهِ ، وَيَسْقُطُ بِعَجْزِهِ . وَصَحُّ الْحَوَالَةِ عَلَيْهِ بِدَيْنٍ غَيْرِ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْأَخْرَارِ فِي الْمُدَايِنَاتِ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُكَاتِبُ سَيِّدَهُ بِنَجْمٍ قَدْ حُلَّ عَلَيْهِ ، صَحَّ ، وَبَرِئَتْ ذِمَّةُ الْمُكَاتِبِ بِالْحَوَالَةِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ . وَإِنْ أَحَالَتِ الْمَرْأَةُ عَلَى زَوْجِهَا بِصَدَاقِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ . وَإِنْ أَحَالَهَا الزَّوْجُ بِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ لَهُ تَسْلِيمَهُ إِلَيْهَا ، وَحَوَالَتَهُ بِهِ تَقُومُ مَقَامَ تَسْلِيمِهِ . وَإِنْ أَحَالَتْ بِهِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَقَرٌّ . وَإِنْ أَحَالَ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، لَمْ يَصَحَّ ، فِي قِيَاسِ مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ أَحَالَهُ الْمُشْتَرِي بِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَفَاءِ ، وَلَهُ الْوَفَاءُ قَبْلَ الْاسْتِقْرَارِ . وَإِنْ أَحَالَ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى غَيْبٍ ، لَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّ الْحَوَالَةَ كَانَتْ بَاطِلَةً ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ كَانَ ثَابِتًا مُسْتَقَرًّا ، وَالْبَيْعُ كَانَ لَازِمًا ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ الْجَوَازُ عِنْدَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُشْتَرِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْجَوَازِ غَيْبُ الْمَبِيعِ ، وَقَدْ كَانَ مَوْجُودًا وَقْتُ الْحَوَالَةِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ أَحَالَ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ بِهِ ، ثُمَّ سَقَطَ الدَّيْنُ ، كَالزَّوْجَةِ يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا ، أَوِ الْمُشْتَرِي يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ وَيَرُدُّ الْمَبِيعَ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا ، تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ ؛ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي بَقَائِهَا ، وَيَرْجِعُ الْمُحِيلُ بِدَيْنِهِ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَالثَّانِي ، لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ اتَّقَلَ عَنِ الْمُحِيلِ ، فَلَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ ، وَثَبَتَ لِلْمُحْتَالَ فَلَمْ يَزُلْ عَنْهُ ، وَلِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ ، فَكَأَنَّ الْمُحِيلَ أَقْبَضَ الْمُحْتَالَ دَيْنَهُ ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ ، وَيَأْخُذُ ١١٣/٤ ظ الْمُحْتَالَ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَسَوَاءٌ تَعَدَّرَ الْقَبْضُ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ أَوْ / لَمْ يَتَعَدَّرْ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ ، لَمْ يَبْطُلْ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وَيَرْجِعُ الْمُحِيلُ عَلَى الْمُحْتَالَ بِهِ .

فصل : وَإِنْ أَحَالَ مَنْ لَا دَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ رَجُلًا عَلَى آخَرَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِحَوَالَةٍ ، بَلْ هِيَ وَكَالَةٌ ثَبَّتُ فِيهَا أَحْكَامُهَا ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ مَا تُخَوِّدُهُ مِنْ تَحَوُّلِ الْحَقِّ وَاتِّقَالِهِ ، وَلَا حَقٌّ هُنَا يَتَقَلُّ وَيَتَحَوَّلُ ، وَإِنَّمَا جَازَتْ الْوَكَالَةُ بِلَفْظِ الْحَوَالَةِ ، لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الْمَعْنَى ؛ وَهُوَ اسْتِحْقَاقُ الْوَكِيلِ مُطَالَبَةً مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، كَاسْتِحْقَاقِ

المُحْتَالَ مُطَالَبَةُ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَتَحَوُّلُ ذَلِكَ إِلَى الْوَكِيلِ كَتَحَوُّلِهِ إِلَى الْمُجِيلِ . وَإِنْ أَحَالَ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ، فَلَيْسَتْ حَوَالَةً أَيْضًا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . فَلَا يَلْزَمُ الْمُحَالُ عَلَيْهِ الْأَدَاءُ ، وَلَا الْمُحْتَالَ قَبُولُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ مُعَاوَضَةٌ ، وَلَا مُعَاوَضَةً هُنَا ، وَإِنَّمَا هُوَ اقْتِرَاضٌ . فَإِنْ قَبَضَ الْمُحْتَالَ مِنْهُ الدَّيْنَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُجِيلِ ؛ لِأَنَّهُ قَرَضَ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ وَلَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ شَيْئًا ، لَمْ تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ ؛ لِأَنَّهَا بَرَاءَةٌ لِمَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَبَضَ مِنْهُ الدَّيْنَ ، ثُمَّ وَهَبَهُ إِيَّاهُ ، رَجَعَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ عَلَى الْمُجِيلِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ غَرِمَ عَنْهُ ، وَإِنَّمَا عَادَ إِلَيْهِ الْمَالُ بِعَقْدٍ مُسْتَأْنِفٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَرْجِعَ عَلَيْهِ ، لِكَوْنِهِ مَا غَرِمَ عَنْهُ شَيْئًا . وَإِنْ أَحَالَ مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ^(٥) ^(٦) عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ^(٧) فَهِيَ وَكَالَةٌ فِي اقْتِرَاضٍ . وَلَيْسَتْ حَوَالَةً ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ إِنَّمَا تَكُونُ بِدَيْنٍ عَلَى دَيْنٍ ، وَلَمْ يُوَجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا .

فصل : الشرط الثالث ، أن تكون بمال معلوم ؛ لأنها إن كانت بيعًا فلا تصحُّ في مجهول ، وإن كانت تحوُّل الحق فيعتبر فيها التسليم ، والجهالة تمنع منه ، فتصحُّ بكل ما يثبت مثله في الذمة بالإثلاف من الأثمان والحبوب والأذهان ، ولا تصحُّ ^(٨) فيما لا يصحُّ السلم فيه ؛ لأنه لا يثبت في الذمة ، ومن شرط الحوالة تساوي الدَّيْنَيْنِ ، فأما ما يثبت في الذمة سلمًا غير المثلَّيات ، كالمذروع والمعدود ، ففي صحة الحوالة به وجهان : أحدهما : لا تصحُّ ؛ لأنَّ المثل فيه لا يتحرَّر ، ولهذا لا يضمُّنه بمثله في الإثلاف ، وهذا ظاهرُ مذهب الشافعي . والثاني : تصحُّ . ذكره القاضي ؛ لأنه حقٌّ ثابت في الذمة ، فأشبهه ماله مثل . ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضيه به قرض هذه الأموال ، فإن كان عليه إيل من الدية وله على آخر مثلهما في السن ، فقال القاضي : تصحُّ ؛ لأنها تختصُّ بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة / وسائر

١١٤/٤

(٥) في م : عنه .

(٦-٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) في الأصل : يصلح .

الضِّفَاتِ . وقال أبو الحَطَّابِ : لا تَصِحُّ في أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا مَجْهُولَةٌ ، وَلِأَنَّ الْإِبِلَ لَيْسَتْ مِنَ الْمِثْلِيَّاتِ الَّتِي تُضْمَنُ بِمِثْلِهَا فِي الْإِثْلَافِ ، وَلَا تُثَبِّتُ فِي الذِّمَّةِ سَلَمًا فِي رِوَايَةٍ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ إِبِلٌ مِنْ دِيَّةٍ ، وَلَهُ عَلَى آخَرَ مِثْلُهَا قَرْضًا ، فَأَحَالَهُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَرُدُّ فِي الْقَرْضِ قِيمَتَهَا . لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ ؛ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرُدُّ مِثْلُهَا . اقْتَضَى قَوْلُ الْقَاضِي صِحَّةَ الْحَوَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ عَلَى صِفَتِهِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْخِيَرَةَ فِي التَّسْلِيمِ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، وَقَدْ رَضِيَ بِتَسْلِيمِ مَالِهِ فِي ذِمَّةِ الْمُقْتَرِضِ . وَإِنْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ ، فَاخْتَالَ الْمُقَرِّضُ ^(٨) بِإِبِلِ الدَّيَّةِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا : تَجِبُ الْقِيَمَةُ فِي الْقَرْضِ . فَقَدْ اخْتَلَفَ الْجِنْسُ . وَإِنْ قُلْنَا : يَجِبُ الْمِثْلُ . فَلِلْمُقَرِّضِ مِثْلُ مَا أَقْرَضَ فِي صِفَاتِهِ وَقِيَمَتِهِ ، وَالَّذِي عَلَيْهِ الدَّيَّةُ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ .

فصل : الشرط الرابع ، أَنْ يُحِيلَ بِرِضَائِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ مِنْ جِهَةِ الدَّيْنِ الَّذِي عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا .

فَإِذَا اجْتَمَعَتْ شُرُوطُ الْحَوَالَةِ وَصَحَّتْ ^(٩) ، بَرِثَتْ ذِمَّةُ الْمُجِيلِ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ ، إِلَّا مَا يَرَوِي عَنْ الْحَسَنِ ، أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى الْحَوَالَةَ بَرَاءَةً إِلَّا أَنْ يُبْرِئَهُ . وَعَنْ زُفَرٍ أَنَّهُ قَالَ : لَا تَنْقُلُ الْحَقَّ . وَأَجْرَاهَا مَجْرَى الضَّمَانِ ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ تَحْوِيلِ الْحَقِّ ، بِخِلَافِ الضَّمَانِ ، فَإِنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنْ ضَمٍّ ذِمَّةً إِلَى ذِمَّةٍ . فَعُلِقَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مُفْتَضَاهُ ، وَمَا دَلَّ عَلَيْهِ لَفْظُهُ . إِذَا ثَبَّتَ أَنَّ الْحَقَّ انْتَقَلَ ، فَمَتَى رَضِيَ بِهَا الْمُحْتَالُ ، وَلَمْ يَشْتَرِطِ الْيَسَارَ ، لَمْ يَعُدَّ الْحَقُّ إِلَى الْمُجِيلِ أَبَدًا ، سِوَاءَ أَمَكَّنَ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ ، أَوْ تَعَدَّرَ لِمَطْلٍ أَوْ فَلَسٍ أَوْ مَوْتٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا ، وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُحْتَالُ بِذَلِكَ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى بَعْدَ

(٨) فِي ب : : الْمُقْتَرِضُ .

(٩) فِي م : : وَصَحَبَ « خَطَأً » .

العِلْم . وبه قال جَمَاعَةٌ من أَصْحَابِنَا ، ونحوه قول مَالِك ؛ لِأَنَّ الْفَلَسَ عَيْبٌ فِي الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ ، ^(١٠) كَمَا لَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَوَجَدَهَا مَعِيْبَةً ، وَلِأَنَّ الْمُحِيلَ غَرَّةٌ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ ^(١١) ، كَمَا لَوْ دَلَّسَ الْمَبِيعَ . وقال شُرَيْحٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحَعِيُّ : متى أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ ، رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ ، وقال أَبُو حَنِيفَةَ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ فِي حَالَيْنِ ؛ إِذَا مَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا ، وَإِذَا جَحَدَهُ وَحَلَفَ عَلَيْهِ ^(١٢) عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وقال أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ فِي هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ ، / وَإِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ ^(١٣) لِفَلَسٍ ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عَثْمَانَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أُحِيلَ بِحَقِّهِ ، فَمَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا فَقَالَ : يَرْجِعُ بِحَقِّهِ ، لَا تَوَى ^(١٤) عَلَى مَالِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ لَمْ يُسَلَّمِ الْعَوَضُ فِيهِ لِأَحَدٍ ^(١٥) الْمُتَعَاوِضَيْنِ ، فَكَانَ لَهُ الْفَسْخُ ، كَمَا لَوْ اعْتَاضَ بَثْوَبٍ فَلَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ حَزَنًا جَدَّ سَعِيدَ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، كَانَ لَهُ عَلَى عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَيْنٌ ، فَأَحَالَهُ بِهِ ، فَمَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ ، فَأَخْبَرَهُ ، فَقَالَ : اخْتَرْتُ عَلَيْنَا ، أَبْعَدَكَ اللَّهُ . فَأَبْعَدَهُ بِمَجَرَّدِ اخْتِيَالِهِ ، وَلَمْ يُخْبِرْهُ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ . وَلِأَنَّهَا بَرَاءَةٌ مِنْ دَيْنٍ لَيْسَ فِيهَا قَبْضٌ مِمَّنْ عَلَيْهِ ، وَلَا مِمَّنْ يَدْفَعُ عَنْهُ ^(١٦) ، فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا رُجُوعٌ ، كَمَا لَوْ أُبْرَأَ مِنَ الدَّيْنِ ، وَحَدِيثُ عَثْمَانَ لَمْ يَصِحَّ ، وَيُرويه خَالِدُ بْنُ جَعْفَرٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ قُرَّةَ عَنْ عَثْمَانَ ، وَلَمْ يَصِحَّ سَمَاعُهُ مِنْهُ ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ قَالَ : فِي حَوَالَةٍ أَوْ كِفَالَةٍ . وَهَذَا يُوجِبُ التَّوَقُّفَ ، وَلَا يَصِحُّ ، وَلَوْ صَحَّ كَانَ قَوْلُ عَلِيٍّ مُخَالِفًا لَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ مُعَاوَضَةٌ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى بَيْعِ الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ ، وَهُوَ مِنْهُيٌّ عَنْهُ ، وَيُقَارِقُ الْمُعَاوَضَةَ بِالثَّوْبِ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ قَبْضًا يَقِفُ اسْتِقْرَارُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ ، وَهَهُنَا الْحَوَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ ، وَإِلَّا كَانَ يَبْعُ دَيْنٌ بِدَيْنٍ .

(١٠-١١) سقط من : ب .

(١١-١٢) سقط من : أ . وهو في الأصل ، ب ، م ، وفي م زيادة : « في » في أوله خطأ .

(١٢) التوى : الهلاك .

(١٣) في ب : « لأجل » .

(١٤) في ب : « عليه » .

فصل : فإن شرط ملاءة المحال عليه ، فبان مُعْسِرًا ، رَجَعَ على المُحِيل . وبه قال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ . وقال بعضهم : لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ لا تُرَدُّ بالإعْسَارِ إذا لم يَشْتَرِطِ المَلَاءَةَ ، فلا تُرَدُّ به ، وإن شرط ، كما لو اشترط كونه مُسْلِمًا ، ويُفَارِقُ البَيْعَ ؛ فإنَّ الفَسْخَ يَثْبُتُ بالإعْسَارِ فيه من غيرِ شرطٍ ، بِخِلَافِ الحَوَالَةِ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِمْ »^(١٥) . ولأنَّه شرط ما فيه مَصْلَحَةُ العَقْدِ في عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فَيَثْبُتُ الفَسْخُ بِفَوَاتِهِ^(١٦) ، كما لو اشترط صِفَةً في المَبِيعِ ، وقد يَثْبُتُ بالشرط ما لا يَثْبُتُ بِإِطْلَاقِ العَقْدِ ، بِدَلِيلِ اشْتِرَاطِ صِفَةٍ في المَبِيعِ .

فصل : ولو لم يَرْضِ الْمُحْتَالُ بِالْحَوَالَةِ ، ثم بان المُحَالُ عليه مُفْلِسًا ، أو مَيِّتًا ، رَجَعَ على المُحِيلِ ، بلا خِلَافٍ ؛ فَإِنَّهُ لا يَلْزُمُهُ الاِخْتِيَالُ على غيرِ مَلْيٍ ، لما عليه فيه من الضَّرَرِ ، وإنَّما أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِقَبُولِ الحَوَالَةِ إِذَا أُحِيلَ على مَلْيٍ ، ولو أَحَالَهُ على مَلْيٍ فلم يَقْبَلْ حتى أُعْسِرَ ، فله الرُّجُوعُ أيضًا ، على ظَاهِرِ قَوْلِ الخِرَقِيِّ ؛ لَكُونِهِ اشْتَرَطَ في بَرَاءَةِ المُحِيلِ إِبْدَاءَ رِضَى الْمُحْتَالِ .

٨٢١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَلْيٍ ، فَوَاجِبٌ عَلَيْهِ أَنْ يَحْتَالَ)

و ١١٥/٤ / المَلْيُ : هُوَ الْقَادِرُ عَلَى الْوَفَاءِ . جاء في الْحَدِيثِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، « أَنَّهُ قَالَ (١) :

« إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : مَنْ يُقْرِضَ الْمَلْيَ غَيْرَ الْمُعْدِمِ »^(٢) . وقال الشَّاعِرُ^(٣) :

تُطِيلِينَ لِيَا نَسَى وَأَنْتِ مَلِيئَةٌ وَأُحْسِنُ يَا ذَاتَ الْوِشَاحِ التَّقَاضِيَا

يعنى قَادِرَةٌ عَلَى وَفَائِي . وَالظَّاهِرُ أَنَّ الخِرَقِيَّ أَرَادَ بِالْمَلْيِ هَهُنَا الْقَادِرَ عَلَى الْوَفَاءِ غَيْرَ الْجَاحِدِ وَلَا الْمُمَاطِلِ . قال أَحْمَدُ في تَفْسِيرِ الْمَلْيِ ، كَأَنَّ الْمَلْيَ عِنْدَهُ ، أَنْ يَكُونَ مَلِيًّا

(١٥) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٠ .

(١٦) في ب : « لفواته » .

(١-١) سقط من : ١ ، ب .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب الرغبة في الدعاء والذكر ... ، من كتاب المسافرين . صحيح مسلم ١ / ٥٢٢ .

(٣) البيت لذى الرمة ، وهو في ديوانه ٢ / ١٣٠٦ .

بِمَالِهِ وَقَوْلِهِ وَيَدْنَهُ وَنَحْوُ هَذَا . فَإِذَا أُحِيلَ عَلَى مَنْ هَذِهِ صِفَتُهُ لَزِمَ الْمُحْتَالُ وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ الْقَبُولُ ، وَلَمْ يُعْتَبَرْ رِضَاهُمَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُعْتَبَرُ رِضَاهُمَا ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَيُعْتَبَرُ الرِّضَا مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ . وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ : يُعْتَبَرُ رِضَى الْمُحْتَالِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحِيلِ ، فَلَا يَجُوزُ نَقْلُهُ إِلَى غَيْرِهَا بِغَيْرِ رِضَاهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُجْبِرَهُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ بِالَّذِينَ عَرَضًا . فَأَمَّا الْمُحَالُ عَلَيْهِ ، فَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُحْتَالُ عَدُوَّهُ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي اعْتِبَارِ رِضَائِهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يُعْتَبَرُ . وَهُوَ يُحْكِي عَنِ الزُّهْرِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِنْ تَيْمُّ بِهِ الْحَوَالَةَ ، فَأَشْبَهَ الْمُحِيلَ . وَالثَّانِي : لَا يُعْتَبَرُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ مَقَامَ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى رِضَى مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، كَالْتَوَكُّيلِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا اتَّبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِلْيَةٍ فَلْيَتَنَعَ » ^(٤) . وَلِأَنَّ لِلْمُحِيلِ أَنْ يُؤْفَى الْحَقُّ الَّذِي عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ وَيُوكِّلِهِ ، وَقَدْ أَقَامَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي التَّقْيِيزِ فَلَزِمَ الْمُحَالُ الْقَبُولُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا فِي إِتْقَانِهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَهُ عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ عَرَضًا ؛ لِأَنَّهُ يُعْطِيهِ غَيْرَ مَا وَجَبَ لَهُ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ .

فصل : إِذَا أَحَالَ رَجُلًا عَلَى زَيْدٍ بِالْأَلْفِ ، فَأَحَالَهُ زَيْدٌ بِهَا عَلَى عَمْرٍو ، فَالْحَوَالَةُ صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الثَّانِي ثَابِتٌ مُسْتَقَرٌّ فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ أَنْ يُحِيلَ بِهِ ، كَالْأَوَّلِ . وَهَكَذَا لَوْ أَحَالَ الرَّجُلُ عَمْرًا عَلَى زَيْدٍ بِمَا ثَبَّتَ ^(٥) لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، صَحَّ أَيْضًا ؛ لَمَا ذَكَرْنَا . وَتَكَرَّرَ الْمُحْتَالُ وَالْمُحِيلُ لَا يَضُرُّ .

فصل : إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا ، فَأَحَالَ الْمُشْتَرِيَ الْبَائِعَ بِالْثَمَنِ ^(٦) ، ثُمَّ ظَهَرَ الْعَبْدُ حُرًّا أَوْ مُسْتَحَقًّا ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَالْحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لَا ثَمَنَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَإِنَّمَا ثَبَّتُ حُرِّيَّتُهُ بَيِّنَةٌ أَوْ اتَّفَاقِهِمْ ، فَإِنْ اتَّفَقَ الْمُحِيلُ وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ عَلَى حُرِّيَّتِهِ ، وَكَذَّبَهُمَا

(٤) فِي ب زهادة : ١ متفق عليه .

وتقدم تخريجه في : ٦ / ٥٨٩ .

(٥) فِي أ ، ب ، م : ١ يثبت .

(٦) فِي ب : ١ بضمنه .

المُحتال ، ولا بَيِّنَةٌ بذلك ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُما عليه ؛ لَأَنَّهُمَا يُبْطِلَانِ حَقَّهُ ، أَشْبَهَ (٧) ما لو
 ١١٥/٤ ط بَاعَ / الْمُشْتَرَى الْعَبْدَ ، ثُمَّ اعْتَرَفَ هُوَ وَبَائِعُهُ أَنَّهُ كَانَ حُرًّا ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُما على الْمُشْتَرَى
 الثاني ، وإن أَقَامَا بَيِّنَةً ، لم تُسْمَعْ ؛ لَأَنَّهُمَا كَذَّبَاها بِدُخُولِهِما فِي التَّبَايُعِ . وإن أَقَامَ الْعَبْدُ
 بَيِّنَةً بِحُرِّيَّتِهِ ، قُبِلَتْ ، وَبَطَلَتِ الْحَوَالَةُ . وإن صَدَّقَهُمَا الْمُحْتالُ ، وَادَّعَى أَنَّ الْحَوَالَةَ
 بغيرِ ثَمَنِ الْعَبْدِ ، فالقَوْلُ قَوْلُهُ مع يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ صِحَّةُ الْحَوَالَةِ ، وهما يَدْعِيَانِ
 بُطْلَانَهَا ، فكانت جَنْبَتُهُ أَقْوَى . فإن أَقَامَا الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْحَوَالَةَ كانت بِالثَّمَنِ ، قُبِلَتْ ؛
 لَأَنَّهُمَا لم يُكَذِّبَاها . وإن اتَّفَقَ الْمُحِيلُ وَالْمُحْتالُ على حُرِّيَّةِ الْعَبْدِ ، وَكَذَّبَهُمَا الْمُحَالُ
 عليه ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُما عليه في حُرِّيَّةِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ على غَيْرِهِما ، وَتَبْطُلُ الْحَوَالَةُ ؛
 لِاتِّفَاقِ الْمَرْجُوعِ عَلَيْهِ بِالذَّيْنِ وَالرَّاجِعِ بِهِ على اسْتِحْقَاقِ الرَّجُوعِ ، وَالْمُحَالُ عليه
 يَعْتَرِفُ لِلْمُحْتالِ بِذَيْنِ لَا يُصَدِّقُهُ فِيهِ ، فلا يَأْخُذُ منه شيئاً . وإن اعْتَرَفَ الْمُحْتالُ (٨)
 وَالْمُحَالُ عليه بِحُرِّيَّةِ الْعَبْدِ عَتَقَ ؛ لِإِقْرَارِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَبَطَلَتِ الْحَوَالَةُ بِالنِّسْبَةِ
 إِلَيْهِمَا ، ولم يَكُنْ لِلْمُحْتالِ الرَّجُوعُ على الْمُحِيلِ ؛ لِأَنَّ دُخُولَهُ مَعَهُ فِي الْحَوَالَةِ اعْتِرَافٌ
 بِبِرَائَتِهِ ، فلم يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ عليه .

فصل : وإن اشْتَرَى عَبْدًا ، فَأَحَالَ الْمُشْتَرَى الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ على آخَرَ ، فَقَبَضَهُ مِنْ
 الْمُحَالِ عليه ، ثُمَّ رَدَّ الْمُشْتَرَى الْعَبْدَ بِعَيْبٍ ، أو مُقَابِلَةٍ ، أو اخْتِلَافٍ فِي ثَمَنِ ، فَقَدِ بَرِئَ
 الْمُحَالُ عليه ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مِنْهُ بِإِذْنِهِ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرَى على الْبَائِعِ . وإن رَدَّهُ قَبْلَ
 الْقَبْضِ ، فقال القاضي : تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ ، وَيَعُودُ الْمُشْتَرَى إلى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عليه ، وَيَبْرَأُ
 الْبَائِعُ ، فلا يَنْقُي له ذَيْنَ ولا عليه ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِالثَّمَنِ ، وَقَدْ سَقَطَ بِالْفَسْخِ ، فَيَجِبُ أَنْ
 تَبْطُلَ الْحَوَالَةُ لِذَهَابِ حَقِّهِ مِنَ الْمَالِ الْمُحَالِ بِهِ . وقال أَبُو الْخَطَّابِ : لا تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ فِي
 أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى عَوَّضَ الْبَائِعَ عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ مَالَهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عليه ، وَنَقَلَ
 حَقَّهُ إِلَيْهِ ثَقْلًا صَحِيحًا ، وَبَرِئَ مِنَ الثَّمَنِ ، وَبَرِئَ الْمُحَالُ عليه مِنْ ذَيْنِ الْمُشْتَرَى ، فلم

(٧) ف ب : فاشبهه .

(٨) في الأصل : المحال .

يَبْطُلُ ذَلِكَ بِفَسْخِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، كَمَا لَوْ أُعْطَاهُ بِالثَّمَنِ ثَوْبًا وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، ثُمَّ فَسَخَ الْعَقْدَ ، لَمْ يَرْجِعْ بِالثَّوْبِ ، كَذَا هُنَا . فَإِنْ قُلْنَا ^(٩) «يَبْطُلَانِ الْحَوَالَةَ» ، رَجَعَ الْمُحِيلُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِدَيْنِهِ ، وَلَمْ يَتَّقُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْبَائِعِ مُعَامَلَةً . وَإِنْ قُلْنَا ^(١٠) : لَا تَبْطُلُ . رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، وَيَأْخُذُهُ الْبَائِعُ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . فَإِنْ عَادَ الْبَائِعُ فَأَحَالَ الْمُشْتَرِي ^(١١) بِالثَّمَنِ عَلَى مَنْ أَحَالَهُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ ، صَحَّ وَبَرَأَ الْبَائِعُ ، وَعَادَ الْمُشْتَرِي إِلَى غَرِيمِهِ بِالثَّمَنِ ^(١٢) / وَإِنْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا ، لَكِنْ أَحَالَ الْبَائِعُ أَجْنَبِيًّا عَلَى الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ رَدَّ الْعَبْدَ الْمَبِيعَ ، فَفِي الْحَوَالَةِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا ، لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الْمُشْتَرِي بَرَتْ بِالْحَوَالَةِ مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ ، وَصَارَ الْحَقُّ عَلَيْهِ لِلْأَجْنَبِيِّ الْمُحْتَالَ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ دَفَعَهُ الْمُشْتَرِي إِلَى الْمُحِيلِ ، فَعَلِيَ هَذَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، وَيُسَلَّمُ إِلَى الْمُحْتَالَ مَا أَحَالَهُ بِهِ . وَالثَّانِي ، تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ إِنْ كَانَ الرَّدُّ قَبْلَ الْقَبْضِ ، لِسُقُوطِ الثَّمَنِ الَّذِي كَانَتْ الْحَوَالَةُ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي بَقَاءِ الْحَوَالَةِ هُنَا ، فَيَعُودُ الْبَائِعُ بِدَيْنِهِ ، وَيَبْرَأُ الْمُشْتَرِي مِنْهَا ، كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ، وَإِذَا قُلْنَا : لَا تَبْطُلُ . فَأَحَالَ الْمُشْتَرِي الْمُحَالَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ ، صَحَّ ، وَبَرَأَ الْمُشْتَرِي مِنْهَا .

فصل : إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى آخَرَ دَيْنٌ ، فَأَذِنَ لآخرَ فِي قَبْضِهِ ، ثُمَّ اخْتَلَفَ هُوَ وَالْمَأْذُونُ لَهُ ، فَقَالَ : وَكَثُّكَ فِي قَبْضِ دَيْنِي بِلَفْظِ التَّوَكِيلِ . فَقَالَ : بَلِ أَحَلَّتَنِي بِلَفْظِ الْحَوَالَةِ . أَوْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ ، فَقَالَ : أَحَلَّتُكَ بِدَيْنِكَ . فَقَالَ : بَلِ وَكَثُّتَنِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعَى الْمَوَكَّالَةِ مِنْهُمَا مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي بَقَاءَ الْحَقِّ عَلَى مَا كَانَ ، وَيُنْكِرُ انْتِقَالَهُ ، وَالْأَصْلُ مَعَهُ ، فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ حَكَمَ بِهَا ؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَهُمَا فِي اللَّفْظِ ، وَهُوَ مِمَّا يُمَكِّنُ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ قَالَ : أَحَلَّتُكَ بِالْمَالِ الَّذِي لِي قَبْلَ زَيْدٍ . ثُمَّ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْمُحِيلُ : إِنَّمَا وَكَثُّكَ فِي الْقَبْضِ لِي . وَقَالَ الْآخَرُ : بَلِ أَحَلَّتَنِي بِدَيْنِي عَلَيْكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعَى الْحَوَالَةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ ، فَإِنْ

(٩-٩) سقط من : م .

(١٠) في م زيادة : ٥ صح ٤ .

(١١) سقط من : ١ ، م .

اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة ، فيجب حمل اللفظ على ظاهره ، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما . والثاني ، القول قول المجهل ؛ لأن الأصل بقاء حق المجهل على المحال^(١٢) عليه ، والمحتال يدعى نقله ، والمجهل ينكره ، والقول قول المنكر . فعلى الوجه الأول ، يخلف المحتال ، ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ، ويستحق المطالبة ، ويسقط عن^(١٣) المجهل . وعلى الوجه الثاني ، يخلف المجهل ، ويتبقى حقه في ذمة المحال عليه . وعلى كلا الوجهين : إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه ، وتلف في يده ، فقد برئ كل واحد منهما من صاحبه ، ولا ضمان عليه ، سواء تلف بتفريطه أو غيره ؛ لأنه إن تلف بتفريط ، وكان المحتال موحقا ، فقد ألتف ماله / ، وإن كان مبطلا ، ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له ، فيتقاصان ، ويسقطان . وإن تلف بغير تفريط ، فالمحال^(١٤) قد قبض حقه ، وتلف في يده ، وبرئ منه المجهل بالحوالة ، والمحال عليه بتسليمه^(١٥) ، والمجهل يقول : قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط . فلا ضمان عليه . وإن لم يتلف ، احتمل أن لا يملك المجهل طلبه ؛ لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ماله في يده ، وهو مستحق لقبضه ، فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه . ويحتمل أن يملك أخذه منه ،^(١٦) ويملك المحتال مطالبة بدنيه . وقيل : يملك المجهل أخذه منه^(١٧) ، ولا يملك المحتال المطالبة بدنيه ؛ لإعترافه ببراءة المجهل منه بالحوالة^(١٨) . وليس بصحيح ؛ لأن المحتال إن اعترف بذلك ، فهو يدعى أنه قبض هذا المال منه بغير حق ، وأنه يستحق المطالبة به ، فعلى كلا الحالين ، هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه ، في قولهما جميعا ، فلا

(١٢) في الأصل : « المحتال » .

(١٣) في الأصل ، ا ، م : « على » .

(١٤) في ب : « فالحال » .

(١٥) في الأصل ، ا ، م : « بتسليمه » .

(١٦-١٧) سقط من : ب .

(١٧) سقط من : الأصل ، ا ، م .

وَجْهَ لِاسْقَاطِهِ ، ولا مَوْضِعَ لِلْبَيِّنَةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَخْتَلِفَانِ فِي لَفْظٍ يُسْمَعُ ، ولا فِعْلٍ يُرَى ، وَإِنَّمَا يَدْعَى الْمُحِيلُ بَيِّنَةً ، وَهَذَا لَا تَشْهَدُ بِهِ الْبَيِّنَةُ نَفْيًا وَلَا اثْبَاتًا .

فصل : وَإِنْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ بِالْعَكْسِ ، فَقَالَ : أُحْلُثُكَ بِدَيْنِكَ . فَقَالَ : بَلْ وَكَتَلْتَنِي . ففِيهَا الْوَجْهَانِ أَيْضًا ؛ لِمَا قَدَّمَاهُ . فَإِنْ قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ . فَحَلَفَ ، بَرِيءٌ مِنْ حَقِّ الْمُحْتَالِ ، وَلِلْمُحْتَالِ قَبْضُ الْمَالِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِمَا مَعًا ، فَإِذَا قَبَضَهُ كَانَ لَهُ بِحَقِّهِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحْتَالِ . فَحَلَفَ كَانَ لَهُ مُطَالَبَةُ الْمُحِيلِ بِحَقِّهِ ، وَمُطَالَبَةُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا وَكَيْلٌ وَإِمَّا مُحْتَالٌ . فَإِنْ قَبَضَ مِنْهُ قَبْلَ أَخْذِهِ مِنَ الْمُحِيلِ ، فَلَهُ اخْتِذَ مَا قَبَضَ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُحِيلَ يَقُولُ : هُوَ لَكَ . وَالْمُحْتَالُ يَقُولُ : هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِي ، وَلِي مِثْلُهُ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَقَدْ أَذِنَ لِي ^(١٨) فِي أَخْذِهِ ضِمْنًا . فَإِذَا أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ حَصَلَ غَرَضُهُ ، وَلَمْ يَأْخُذْ مِنَ الْمُحِيلِ شَيْئًا . وَإِنْ اسْتَوْفَى مِنَ الْمُحِيلِ ، رَجَعَ عَلَى الْمُحَالِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَثَبَّتِ الْوَكَالَةُ بَيْنَ الْمُحْتَالِ ، وَبَقِيَ الْحَقُّ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِلْمُحِيلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرَفُ أَنَّهُ قَدْ بَرِيءٌ / مِنْ حَقِّهِ ، وَإِنَّمَا الْمُحْتَالُ ظَلَمَهُ بِأَخْذِ مَا كَانَ عَلَيْهِ . قَالَ الْقَاضِي : ١١٧/٤
وَالأَوَّلُ أَصَحُّ . وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبَضَ الْحَوَالَةَ ، فَتَلَفَتْ فِي يَدِهِ بِتَقْرِيطٍ ، أَوْ أَتْلَفَهَا ، سَقَطَ حَقُّهُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مُحِقًّا فَقَدْ أَتْلَفَ حَقُّهُ ، وَإِنْ كَانَ مُبْطَلًا فَقَدْ أَتْلَفَ مِثْلَ دَيْنِهِ ، فَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ وَيَتَقَاصَّانِ . وَإِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَقْرِيطِهِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَسْقُطُ حَقُّهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ مَالَهُ تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ . وَعَلَى الثَّانِي ، لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمُحِيلِ بِحَقِّهِ ، وَلَيْسَ لِلْمُحِيلِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرَفُ بِبَرَاءَتِهِ .

فصل : وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمُحِيلَ قَالَ : أُحْلُثُكَ بِدَيْنِكَ . ثُمَّ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : هِيَ حَوَالَةٌ بِلَفْظِهَا . وَقَالَ الْآخَرُ : هِيَ وَكَالَةٌ بِلَفْظِ الْحَوَالَةِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدْعَى الْحَوَالَةِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِدَيْنِهِ لَا تَحْتَمِلُ الْوَكَالَةَ ، فَلَمْ يَقْبَلْ قَوْلُ

(١٨) فِي ب : « لَهُ » .

مُدَّعِيهَا . وسواء اعترف المُحِيلُ بِدَيْنِ الْمُحْتَالِ ، أو قال : لا دَيْنَ لكَ عَلَيَّ . لأنَّ قوله : أَحْلَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . اعترافٌ بِدَيْنِهِ ، فلا يُقْبَلُ جَحْدُهُ له بعد ذلك . فأما إن لم يَقُلْ بِدَيْنِكَ ، بل قال : أَحْلَلْتُكَ . ثم قال : ليس لك دَيْنٌ ، وإنما عَنَيْتُ التَّوَكِيلَ بِلَفْظِ الْحَوَالَةِ . أو قال : أَرَدْتُ أَنْ أَقُولَ ، وَكَلَّمْتُكَ ، فَسَبَقَ لِسَانِي فَقُلْتُ : أَحْلَلْتُكَ . وادَّعَى الْمُحْتَالُ أَنَّهَا حَوَالَةٌ بِدَيْنِهِ ، وَأَنَّ دَيْنَهُ كَانَ ثَابِتًا عَلَى الْمُحِيلِ ، فهل ذلك اعترافٌ بِالدَّيْنِ أو لا ؟ فيه وَجْهَانِ ، سَبَقَ تَوْجِيهُهُمَا .

فصل : وإذا كان لِرَجُلٍ دَيْنٌ عَلَى آخَرَ ، فَطَالَبَهُ بِهِ ، فَقَالَ : قَدْ أَحْلَلْتُ بِهِ عَلَيَّ فَلَا نَا الْغَائِبَ . وَأَنْكَرَ صَاحِبُ الدَّيْنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ كَانَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بَيِّنَةٌ يَدْعُوهُ ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ ، لِإِسْقَاطِ حَقِّ الْمُحِيلِ عَلَيْهِ . وَإِنْ ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ فَلَانًا الْغَائِبَ أَحْلَلَنِي عَلَيْكَ ، فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . فَإِنْ أَقَامَ الْمُدَّعَى بَيِّنَةً ، ثَبَّتَتْ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ الْغَائِبِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ يُقْضَى بِهَا^(١٩) عَلَى الْغَائِبِ ، وَلَزِمَ الدَّفْعُ إِلَى الْمُحْتَالِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَهَلْ تَلْزَمُهُ الْيَمِينُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بَنَاءً عَلَى مَا لَوْ اعْتَرَفَ لَهُ هَلْ يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ ؟^(٢٠) عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ^(٢١) إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ بِدَيْنِهِ عَلَيْهِ ، وَوُجُوبِ دَفْعِهِ إِلَيْهِ ، فَلَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بَيِّنَةٌ . وَالثَّانِي ، لَا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ مِنْ إِنْكَارِ الْمُحِيلِ وَرُجُوعِهِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ الْاِخْتِيَاظُ لِنَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ أَنِّي وَكِيلُ / فَلَانٍ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ مِنْكَ ، فَصَدَّقَهُ ، وَقَالَ : لَا أَدْفَعُهُ^(٢٢) إِلَيْكَ . فَإِذَا قُلْنَا : يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ . لَزِمَتْهُ^(٢٣) الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ . فَإِذَا حَلَفَ ، بَرِيءٌ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ عَلَى الْمُحِيلِ ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِبِرَائَتِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ قُلْنَا : لَا تَلْزَمُهُ الْيَمِينُ . فَلَيْسَ لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ عَلَى الْمُحِيلِ ، ثُمَّ يَنْظَرُ فِي الْمُحِيلِ ، فَإِنْ صَدَّقَ

(١٩) فِي م : ١ ١ ٤ .

(٢٠-٢١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢١) فِي م : ١ ١ أَدْفَعُكَ .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : ١ ١ لَزِمَهُ .

المُدَّعى في أَنَّهُ أَحَالَهُ ، ثَبَّتَ الْحَوَالَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ رِضَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ لَا يُعْتَبَرُ . وَإِنْ أَنْكَرَ الْحَوَالَةَ ، حَلَفَ ، وَسَقَطَ حُكْمُ الْحَوَالَةِ . وَإِنْ تَكَلَّلَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ ، فَقَضِيَ عَلَيْهِ بِالتُّكْوِيلِ وَاسْتَوْفَى الْحَقُّ مِنْهُ ، ثُمَّ إِنْ الْمُحِيلُ صَدَّقَ الْمُدَّعى ، فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ أَنْكَرَ الْحَوَالَةَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفَى مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ لَهُ بِالْحَقِّ وَيَدَّعى أَنَّ الْمُحْتَالَ ظَلَمَهُ ، وَيَبْقَى دَيْنُ الْمُحْتَالَ عَلَى الْمُحِيلِ . وَإِنْ كَانَ الْمُحِيلُ يَنْكِرُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بغير يَمِينٍ ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَالَ يَقْرُءُ بِبَرَاءَتِهِ مِنْهُ ، لِاسْتِيفَائِهِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُحِيلُ يَعْتَرِفُ بِهِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُحْتَالَ الْمُطَالَبَةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقْرُءُ بِأَنَّهُ قَدْ بَرِئَ مِنْهُ بِالْحَوَالَةِ ، وَالْمُحِيلُ يُصَدِّقُ الْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي كَوْنِ الْمُحْتَالَ قَدْ ظَلَمَهُ ، وَاسْتَوْفَى مِنْهُ بغير حَقٍّ ، وَالْمُحْتَالَ يَزْعُمُ أَنَّ الْمُحِيلَ قَدْ أَخَذَ مِنْهُ أَيْضًا بغير حَقٍّ ، وَأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ مَا أَخَذَهُ مِنْهُ إِلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقْبِضَهَا الْمُحْتَالَ ، وَيُسَلِّمَهَا إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، أَوْ يَأْذَنَ لِلْمُحِيلِ فِي دَفْعِهَا إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَإِنْ صَدَّقَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ الْمُحْتَالَ فِي الْحَوَالَةِ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ ، فَأَنْكَرَ الْمُحِيلُ الْحَوَالَةَ ، حَلَفَ ، وَرَجَعَ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَالْحُكْمُ فِي الرُّجُوعِ بِمَا عَلَى الْمُحِيلِ مِنَ الدَّيْنِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي التِّي قَبْلَهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفٌ ضَمِنَهُ رَجُلٌ ، فَأَحَالَ الضَّامِنُ صَاحِبَ الدَّيْنِ بِهِ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ وَذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ كَالْتَسْلِيمِ ، وَيَكُونُ الْحُكْمُ هُنَا كَالْحُكْمِ فِيمَا لَوْ قَضَى عَنْهُ الدَّيْنُ . فَإِنْ كَانَ الْأَلْفُ عَلَى رَجُلَيْنِ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ كَفِيلٌ عَنِ الْآخَرِ بِذَلِكَ ، فَأَحَالَهُ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهُمَا مَعًا ، كَالْوَقْضَا . وَإِنْ أَحَالَ صَاحِبُ الْأَلْفِ رَجُلًا عَلَى أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ بِالْأَلْفِ ، صَحَّتِ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَيْنِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَقَرٌّ . وَإِنْ أَحَالَ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا ، لَيْسَتْ تَوْفَى مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ آيِهِمَا شَاءَ ، صَحَّتِ الْحَوَالَةُ أَيْضًا عِنْدَ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ لَا فَضْلَ هُنَا فِي تَوْجَعٍ وَلَا أَجَلٍ وَلَا عَدَدٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ / زِيَادَةُ اسْتِثْنَائِي ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ صِحَّةَ الْحَوَالَةِ ، كَحَوَالَةِ الْمُعْسِرِ عَلَى الْمَلِيءِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ

الْفَضْلُ قَدْ دَخَلَهَا ، فَإِنَّ الْمُحْتَالَ ارْتَفَقَ بِالتَّخْيِيرِ بِالِاسْتِيفَاءِ مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ أَيُّهُمَا شَاءَ ،
 فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَحَالَهُ عَلَى رَجُلَيْنِ لَهُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفٌ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْ أَيُّهُمَا شَاءَ .
 وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، وَبَيْنَ مَا إِذَا أَحَالَهُ بِالْفَيْنِ ، أَنَّهُ لَا فَضْلَ بَيْنَهُمَا فِي
 الْعَدَدِ هَهُنَا ، وَثُمَّ تَفَاضُلًا فِيهِ ، وَلَئِنَّ الْحَوَالََةَ هَهُنَا بِالْفِ مَعَيْنٍ ، وَثُمَّ الْحَوَالََةَ بِأَحَدِهِمَا
 مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ، وَأَنَّهُ إِذَا قَضَاهُ أَحَدُهُمَا الْأَلْفَ فَقَدْ قَضَى جَمِيعَ الدَّيْنِ ، وَثُمَّ إِذَا قَضَى
 أَحَدُهُمَا بَقِيَ مَا عَلَى الْآخَرِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلَيْنِ ضَامِنًا عَنِ صَاحِبِهِ ،
 فَأَحَالَ عَلَيْهِمَا ، صَحَّحَتِ الْحَوَالََةُ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْأَلْفَ مِنْ
 وَاحِدٍ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِنْ اثْنَيْنِ ، كَالْوَكِيلَيْنِ .

بَابُ الضَّمَانِ^(١)

٨٢٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ضَمِنَ عَنْهُ حَقٌّ بَعْدَ وَجُوبِهِ ، أَوْ قَالَ : مَا أُعْطِيَتْهُ فَهُوَ عَلَى . فَقَدْ لَزِمَهُ مَا صَحَّ أَنَّهُ أُعْطَاهُ)

الضَّمَانُ : ضَمَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِي الْبِتْرَامِ الْحَقِّ . فَيُثْبِتُ فِي ذِمَّتِهِمَا جَمِيعًا ، وَلِصَاحِبِ الْحَقِّ مُطَالَبَةٌ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَاشْتِقَاقُهُ مِنَ الضَّمِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ مُشْتَقٌّ مِنَ التَّضْمِينِ^(٢) ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ تَتَضَمَّنُ الْحَقَّ . وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِهِ ، الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ، أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^(٣) . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : الزَّعِيمُ الْكَفِيلُ . وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٤) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وَرَوَى الْبُخَارِيُّ^(٥) ، عَنْ سَلَمَةَ ابْنِ الْأَكْوَعِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِرَجُلٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ ، فَقَالَ : هَلْ عَلَيْهِ ذَيْنِ ؟ قَالُوا : نَعَمْ ، دَيْنَارَانِ . قَالَ : هَلْ تَرَكَ لهُمَا وَقَاءً ؟

(١) هذا العنوان من : م وحدها . وسبق عنوان : « كتاب الحوالة والضمان » .

(٢) في الأصل ، ا ، م : « الضمين » .

(٣) سورة يوسف ٧٢ .

(٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٦ . والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما جاء في أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٢٦٧ ، ٢٩٣ .

(٥) في : باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة ، وفي : باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع ، من كتاب الكفالة . صحيح البخاري ٣ / ١٢٤ ، ١٢٦ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤ / ٥٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٤٧ ، ٥ / ٢٩٧ ، ٣٠٤ .

قالوا : لا ، فتأخَّر ، ف قيل : لم لا تُصَلِّيَ ^(٦) عليه ؟ فقال : « مَا تَنْفَعُهُ صَلَاتِي وَدِمَّتُهُ مَرْهُونَةٌ ؟ أَلَا ^(٧) قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ » . فقام أبو قتادة ، فقال : هما عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَصَلَّى عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ الضَّمَانِ فِي الْجُمْلَةِ . وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي فُرُوعٍ نَذَكُرُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُقَالُ : ضَمِنَ ، وَكَفِيلٌ ، وَقَبِيلٌ ، وَحَمِيلٌ ، وَرَعِيمٌ ، وَصَبِيرٌ ، بِمَعْنَى وَاحِدٍ . وَلَا بُدَّ فِي الضَّمَانِ مِنْ ضَامِنٍ ، وَمَضْمُونٍ عَنْهُ ، وَمَضْمُونٍ لَهُ . وَلَا بُدَّ مِنْ رِضَى الضَّامِنِ ، فَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى الضَّمَانِ لَمْ يَصِحَّ ، وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ / . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . لِأَنَّهُ لَوْ قَضَى الدَّيْنُ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَرِضَاهُ صَحَّ ، فَكَذَلِكَ إِذَا ضَمِنَ عَنْهُ . وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَى الْمَضْمُونِ لَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ : يُعْتَبَرُ ؛ لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ مَالٍ لَادِمِيٍّ ، فَلَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِرِضَاهُ أَوْ رِضَى مَنْ يُتَوَبُّ عَنْهُ ، كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ . وَعَنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنْ أَبَا قَتَادَةَ ضَمِنَ مِنْ غَيْرِ رِضَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَأَجَازَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَكَذَلِكَ رَوَى عَنْ عَلِيٍّ رِضَى اللَّهِ عَنْهُ ، وَلَأَنَّهُا وَثِيقَةٌ لَا يُعْتَبَرُ فِيهَا قَبْضٌ ، فَأُشْبِهَتِ الشَّهَادَةُ ، وَلَأَنَّهُ ضَمَانٌ دَيْنٌ ، فَأُشْبِهَ ضَمَانُ بَعْضِ الْوَرِثَةِ دَيْنُ الْمَيِّتِ لِلْغَائِبِ ، وَقَدْ سَلَّمُوهُ .

فصل : وَلَا يُعْتَبَرُ أَنْ يَعْرِفَهُمَا الضَّامِنُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعْتَبَرُ مَعْرِفَتُهُمَا ، لِيَعْلَمَ هَلِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ أَهْلٌ لِاصْطِنَاعِ الْمَعْرُوفِ إِلَيْهِ أَوْ لَا ؟ وَلِيَعْرِفَ الْمَضْمُونُ لَهُ ، فَيُؤَدِّيَ إِلَيْهِ . وَذَكَرَ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ تُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ الْمَضْمُونِ لَهُ لِذَلِكَ . وَلَا تُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُعَامَلَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ نَحْوَ هَذِهِ ^(٨) . وَلَنَا ، حَدِيثٌ عَلَى أَبِي قَتَادَةَ ، فَإِنَّهُمَا ضَمِنَا لِمَنْ لَمْ يَعْرِفَاهُ عَمَّنْ لَمْ يَعْرِفَاهُ . وَلَأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْإِزَامِ مَالٍ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ مَعْرِفَةُ مَنْ يَتَبَرَّعُ لَهُ بِهِ ، كَالنَّذْرِ .

فصل : وَقَدْ ذَلَّتْ مَسْأَلَةُ الْخَرْقِيِّ عَلَى أَحْكَامٍ ؛ مِنْهَا ، صِحَّةُ ضَمَانِ الْمَجْهُولِ ؛

(٦) فِي النِّسْخِ : « تَصَلَّى » .

(٧) فِي مِ زِيَادَةٍ : « إِنْ » .

(٨) فِي ب : « هَذَا » .

لقلوه : مَا أُعْطِيَتْهُ فَهُوَ عَلَيَّ . وهذا مَجْهُولٌ فمضى قال : أَنَا ضَامِنٌ لَكَ مَالِكَ عَلَى فَلَانٍ ،
أَوْ مَا يَقْضَى بِهِ عَلَيْهِ ، أَوْ مَا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، أَوْ يُقَرُّ بِهِ لَكَ ، أَوْ مَا يَخْرُجُ فِي رُوزٍ مَا نَجَحَكَ ^(٩) .
صَحَّ الضَّمَانُ . وهذا قال أبو حنيفة ومالك . وقال الثَّوْرِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وابنُ أَبِي لَيْلَى ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ التِّزَامُ مَا لَمْ يَصِحَّ مَجْهُولًا ، كَالثَّمَنِ فِي
الْبَيْعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ، وَحِمْلُ
الْبَعِيرِ غَيْرُ مَعْلُومٍ ؛ لِأَنَّ حِمْلَ الْبَعِيرِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ ، وَعَمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ :
« الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ، وَلِأَنَّهُ التِّزَامُ حَقٌّ فِي الذِّمَّةِ مِنْ غَيْرِ مُعَاوَضَةٍ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ،
كَالتَّذَرُّ وَالْإِقْرَارِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيلُهُ بِضَرَرٍ ^(١٠) وَخَطَرٍ ، وَهُوَ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ . وَإِذَا
قَالَ : أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ ، وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ . أَوْ قَالَ : اذْفَعْ ثِيَابَكَ إِلَى هَذَا الرَّفَاءِ ، وَعَلَيَّ
ضَمَانُهَا . فَصَحَّ الْمَجْهُولُ ، كَالْعَتَقِ وَالطَّلَاقِ . وَمِنْهَا ، صِحَّةُ ضَمَانِ مَا لَمْ يَجِبْ ، فَإِنْ
مَعْنَى قَوْلِهِ : « مَا أُعْطِيَتْهُ » ، « أَيُّ مَا يُعْطِيهِ » ^(١١) فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ عَطَفَهُ عَلَى
مَنْ ضَمِنَ عَنْهُ حَقٌّ بَعْدَ وَجُوبِهِ عَلَيْهِ ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ غَيْرُهُ ، وَلَوْ كَانَ / « مَا أُعْطِيَتْهُ » فِي
الْمَاضِي ، كَانَ مَعْنَى الْمَسْأَلَتَيْنِ سَوَاءً ، أَوْ إِحْدَاهُمَا دَاخِلَةٌ فِي الْأُخْرَى . وَالْخِلَافُ فِي
هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَدَلِيلُ الْقَوْلَيْنِ ، كَالْتِي قَبْلَهَا ، إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا : الضَّمَانُ ضَمٌّ ذِمَّةٌ ^(١٢) إِلَى ذِمَّةٍ
فِي التِّزَامِ الدِّينِيِّ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ شَيْءٌ ، فَلَا ضَمَّ فِيهِ ، فَلَا يَكُونُ ضَمَانًا .
قُلْنَا : قَدْ ضَمَّ ذِمَّتَهُ ^(١٣) إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِي أَنَّهُ يَلْزَمُهُ مَا يَلْزَمُهُ ، وَأَنَّ مَا يَثْبُتُ ^(١٤) فِي
ذِمَّةٍ مَضْمُونَةٍ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ . وَهَذَا كَافٍ . وَقَدْ سَلَّمُوا ضَمَانَ مَا يُلْقِيهِ فِي الْبَحْرِ قَبْلَ
وُجُوبِهِ بِقَوْلِهِ : أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ ، وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ . وَسَلَّمَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي أَحَدٍ

(٩) كَذَا فِي النسخ : « رُوزْمَانُجَكَ » .

وَالرُّوزْنَامَةُ : كَتِيبٌ يَتَضَمَّنُ مَعْرِفَةَ الْأَيَّامِ وَالشُّهُورِ عَلَى مِدَارِ السَّنَةِ .

(١٠) فِي ب : « بِغَرَرٍ » .

(١١-١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، م .

(١٢) فِي ب نَهَادَةٌ : « الضَّامِنُ » .

(١٣) مِنْ هُنَا إِلَى قَوْلِهِ : « فِي ذِمَّتِهِ » الْآخَى سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٤) فِي الْأَصْلُ ، ب ، م : « ثَبَتَ » .

الْوَجْهَيْنِ ضَمَانَ الْجُعْلِ فِي الْجُعَالَةِ قَبْلَ الْعَمَلِ ، وما وَجَبَ شَيْءٌ بَعْدُ . ومنها ، أن الضَّمانَ إِذَا صَحَّ لَزِمَ الضَّامِنُ أَداءَ ما ضَمِنَهُ ، وكانَ لِلْمَضْمُونِ^(١٥) له مُطالَبَتُهُ . ولا نَعْلَمُ في هذا خِلَافًا . وهو فائِذَةُ الضَّمانِ ، وقد دَلَّ قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ » . واشْتِقاقُ اللَّفْظِ . ومنها ، صِحَّةُ الضَّمانِ عن كُلِّ غَرِيمٍ^(١٦) وَجَبَ عَلَيْهِ حَقٌّ ، حَيًّا كانَ أو مَيِّتًا ، مَلِيًّا أو مُفْلِسًا ؛ لِعُمُومِ لَفْظِهِ فِيهِ . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يَصِحُّ ضَمَانُ ذَيْنِ الْمَيِّتِ ، إِلَّا أنْ يَخْلُفَ وَفَاءً ، فَإِنْ خَلَفَ بَعْضُ الْوَفَاءِ ، صَحَّ ضَمَانُهُ بِقَدْرِ ما خَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنِ سَاقِطٍ ، فلم يَصِحَّ ضَمَانُهُ ، كَالو سَقَطَ بِالْإِبْرَاءِ ، وَلأنَّ ذِمَّتَهُ قد خَرِبَتْ خَرابًا لا تَعْمُرُ بَعْدَهُ ، فلم يَبْقَ فِيها ذَيْنٌ ، وَالضَّمانُ : ضَمُّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ في التَّزَامِهِ . ولنا ، حَدِيثُ أَبِي قَتَادَةَ وَعَلِيٍّ ، فَإِنَّهُمَا ضَمِنَا ذَيْنِ مَيِّتٍ لم يَخْلُفَ وَفَاءً . وَالنَّبِيُّ ﷺ حَضَّهُمْ على ضَمَانِهِ في حَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ ، بقوله : « أَلَا قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ ؟ » وهذا صَرِيحٌ في الْمَسْأَلَةِ ، وَلأنَّهُ ذَيْنِ ثَابِتٍ ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَالو خَلَفَ وَفَاءً ، وَدَلِيلُ ثُبُوتِهِ أَنَّهُ لو تَبَرَّعَ رَجُلٌ بِقَضَاءِ ذَيْنِهِ ، جازَ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ اقْتِضَاؤُهُ ، ولو ضَمِنَهُ حَيًّا ثم مَاتَ ، لم تَبْرَأْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ ، ولو بَرِئَتْ ذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بَرِئَتْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ ، وفي هذا انفِصَالٌ عما ذَكَرُوهُ . ومنها ، صِحَّةُ الضَّمانِ في كُلِّ حَقٍّ ، أَعْنَى من الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ الْوَاجِبَةِ ، أو التي تُؤوَلُّ إلى الْوُجُوبِ ، كَتَمَنِ الْمَبِيعِ في مُدَّةِ الْخِيَارِ وَبَعْدَهُ ، وَالْأَجْرَةَ وَالْمَهْرَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ^(١٧) ؛ لِأنَّ هَذِهِ الْحُقُوقَ لآزِمَةٌ ، وَجَوَازُ سُقُوطِها لا يَمْنَعُ ضَمَانِها ، كَالثَّمَنِ في الْمَبِيعِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ ، وَيجوزُ أَنْ يَسْقُطَ بِرَدِّهِ^(١٨) بَعِيْبٍ أو مُقَايَلَةٍ . وبهذا كُلُّهُ قال الشَّافِعِيُّ .

فصل : فيما يَصِحُّ ضَمَانُهُ / : وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْجُعْلِ فِي الْجُعَالَةِ ، وفي الْمُسَابَقَةِ ١١٩/٤ ظ

(١٥) في م : « المضمون » .

(١٦) في م : « من » .

(١٧) في الأصل ، ا ، م : « أو بعده » .

(١٨) في ا ، م : « برد » .

والمُناضلة . وقال أصحابُ الشَّافِعِيِّ ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : لَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤُولُ إِلَى الزُّرْمِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ضَمَانُهُ ، كَمَا لِكِتَابَتِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَمْ يَجَأْ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاءٌ رَعِيمٌ ﴾ . وَلِأَنَّهُ يُؤُولُ إِلَى الزُّرْمِ إِذَا عَمِلَ الْعَمَلُ ، وَإِنَّمَا الَّذِي لَا يَلْزَمُ الْعَمَلُ ، وَالْمَالُ يَلْزَمُ بِوُجُودِهِ ، وَالضَّمَانُ لِلْمَالِ دُونَ الْعَمَلِ . وَيَصِحُّ ضَمَانُ أَرْضِ الْجَنَابَةِ ، سَوَاءً كَانَتْ تُقَوِّدًا كَقِيَمِ الْمُتَلَفَاتِ ، أَوْ حَيَوَانًا كَالذِّيَابِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَيَوَانِ الْوَاجِبِ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَقَدْ مَضَى الدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ ضَمَانِ الْمَجْهُولِ ، وَلِأَنَّ الْإِبِلَ الْوَاجِبَةَ فِي الذِّمَّةِ مَعْلُومَةُ الْأَسْنَانِ وَالْعَدَدِ ، وَجَهَالَةُ اللَّوْنِ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الصِّفَاتِ الْبَاقِيَةِ لَا تَضُرُّ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ أَذْنَى لَوْنٍ أَوْ صِفَةٍ فَتَحْصُلُ مَعْلُومَةٌ ، وَكَذَلِكَ غَيْرُهَا مِنَ الْحَيَوَانِ ، وَلِأَنَّ جَهْلَ ذَلِكَ لَمْ يَمْنَعْ وَجُوبَهُ بِالِإِثْلَافِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ وَجُوبُهُ بِالْإِنْتِرَامِ . وَيَصِحُّ ضَمَانُ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، سَوَاءً كَانَتْ نَفَقَةً يَوْمِيًّا أَوْ مُسْتَقْبَلَةً ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْيَوْمِ وَاجِبَةٌ ، وَالْمُسْتَقْبَلَةُ مَأْلُهَا إِلَى الزُّرْمِ ، وَيَلْزَمُهُ مَا يَلْزَمُ الزَّوْجَ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا ضَمِنَ نَفَقَةَ الْمُسْتَقْبَلِ ، لَمْ تَلْزَمْهُ إِلَّا نَفَقَةُ الْمُعْسِرِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى ذَلِكَ تَسْقُطُ بِالْإِعْسَارِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي ^(١٩) قَالَ فِيهِ : يَصِحُّ ^(٢٠) ضَمَانُهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ مَا لَمْ يَجِبْ ، وَاحْتِمَالُ عَدَمِ وَجُوبِ الزِّيَادَةِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ ضَمَانِهَا ، بِدَلِيلِ الْجُعْلِ فِي الْجُعَالَةِ ، وَالصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَالْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ . فَأَمَّا النَّفَقَةُ فِي الْمَاضِي ، فَإِنْ كَانَتْ وَاجِبَةً ، إِمَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ بِهَا ، أَوْ قُلْنَا : بِوُجُوبِهَا بِدُونِ حُكْمِهِ ، صَحَّ ضَمَانُهَا ، وَإِلَّا فَلَا . وَيَصِحُّ ضَمَانُ مَالِ السَّلَامِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِطَيْنِ . وَالْأُخْرَى لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى اسْتِيفَاءِ الْمُسْلِمِ فِيهِ مِنْ ^(٢١) غَيْرِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَالْحَوَالَةِ بِهِ . وَالْأُولَى ^(٢٢) أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لَازِمٌ فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَالْأُجْرَةِ وَتَمَنِ الْمَبِيعِ . وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فِي

(١٩-١٩) فِي ب : « فَارَقَهُ بِصَحَّةٍ » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٢١) فِي م : « وَالْأُولَى » .

إِخْدَى الرَّوَاتِبَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَأَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَالْأُخْرَى : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ عَلَى الْمُكَاتَبِ ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَسَائِرِ الدُّيُونِ عَلَيْهِ . وَالْأُولَى أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِلْزَمٍ . وَلَا مَالَهُ إِلَى اللُّزُومِ ، فَإِنَّ لِلْمُكَاتَبِ تَعَجِيزَ نَفْسِهِ ، وَالْامْتِنَاعَ مِنْ^(٢٢) أَدَائِهِ ، فَإِذَا لَمْ يَلْزَمْ الْأَصِيلَ ، فَالضَّمِيمُ أَوْلَى . وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ ، كَالْمَغْصُوبِ وَالْعَارِيَةِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ^(٢٣) ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْأَعْيَانَ غَيْرُ / ثَابِتَةٍ فِي الذِّمَّةِ ، وَإِنَّمَا يُضْمَنُ مَا ثَبَتَ فِي الذِّمَّةِ ، وَوَصَفْنَا هَذَا بِالضَّمَانِ إِنَّمَا مَعْنَاهُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا إِنْ تَلَفَتْ ، وَالْقِيمَةُ مَجْهُولَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، فَصَحَّ ضَمَانُهَا ، كَالْحَقُوقِ الثَّابِتَةِ فِي الذِّمَّةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْأَعْيَانَ لَا تُثَبِّتُ فِي الذِّمَّةِ . قُلْنَا : الضَّمَانُ فِي الْحَقِيقَةِ إِنَّمَا هُوَ ضَمَانُ اسْتِنْقَادِهَا وَرَدِّهَا ، وَالتَّزَامُ تَحْصِيلُهَا أَوْ قِيمَتُهَا عِنْدَ تَلْفِهَا . وَهَذَا مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ ، كَعَهْدَةِ الْمَبِيعِ ، فَإِنَّ ضَمَانَهَا يَصِحُّ ، وَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ التَّزَامُ رَدِّ الثَّمَنِ أَوْ عَوَضِهِ ، إِنْ ظَهَرَ بِالْبَيْعِ عَيْبٌ ، أَوْ خَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، فَأَمَّا الْأَمَانَاتُ ، كَالْوَدِيعَةِ ، وَالْعَيْنِ الْمُوجَّرَةِ ، وَالشَّرَكَةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالْعَيْنِ الَّتِي يَدْفَعُهَا إِلَى الْقَصَّارِ وَالْحَيَّاطِ ، فَهَذِهِ إِنْ ضَمِنَهَا مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ فِيهَا ، لَمْ يَصِحَّ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عَلَى مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، فَكَذَلِكَ عَلَى ضَامِنِهِ^(٢٤) . وَإِنْ ضَمِنَهَا إِنْ تَعَدَّى فِيهَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الضَّمَانِ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ ، فِي رَجُلٍ يَقْبَلُ مِنَ النَّاسِ الثِّيَابَ ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : اذْفَعْ إِلَيْهِ ثِيَابَكَ ، وَأَنَا ضَامِنٌ . فَقَالَ لَهُ^(٢٥) : هُوَ ضَامِنٌ لِمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ . يَعْنِي إِذَا تَعَدَّى أَوْ تَلَفَ يَفْعَلُهُ . فَعَلِيَ هَذَا إِنْ تَلَفَ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ مِنْهُ وَلَا فَعَلِهِ ، لَمْ يَلْزَمْ الضَّامِنُ شَيْءً ، لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ تَلَفَ يَفْعَلُهُ أَوْ تَقْرِيطَ لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، وَلَزِمَ ضَامِنُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى مَنْ هِيَ فِي

(٢٢) فِي م : ٥ عَنْ ٤ .

(٢٣) فِي ١ ، ب : ٥ الْوَجْهَيْنِ .

(٢٤) فِي م : ٥ ضَامِنَهَا .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

يَدِهِ ، فَلَزِمَ^(٢٦) ضَامِنُهُ ، كَالْغُصُوبِ^(٢٧) وَالْعَوَارِي . وَهَذَا فِي الْحَقِيقَةِ ضَمَانٌ مَا لَمْ يَجِبْ ، وَقَدْ بَيَّنَّا جَوَازَهُ . وَيَصِحُّ ضَمَانُ عَهْدَةِ الْمَبِيعِ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي ، وَعَنِ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ ، فَضَمَانُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي هُوَ أَنْ يَضْمَنَ الثَّمَنَ الْوَاجِبَ بِالْبَيْعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ غَيْبٌ أَوْ اسْتَحِقُّ ، رَجَعَ بِذَلِكَ عَلَى الضَّامِنِ ، وَضَمَانُهُ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي هُوَ أَنْ يَضْمَنَ عَنِ الْبَائِعِ الثَّمَنَ مَتَى خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، أَوْ رُدَّ بِغَيْبٍ ، أَوْ أَرُشَ الْعَيْبِ . فَضَمَانُ الْعَهْدَةِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ هُوَ ضَمَانُ الثَّمَنِ أَوْ جُزْءٍ مِنْهُ عَنْ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ . وَحَقِيقَةُ الْعَهْدَةِ الْكِتَابُ الَّذِي يَكْتُبُ فِيهِ وَثِيقَةُ الْبَيْعِ ، وَيَذْكُرُ فِيهِ الثَّمَنَ ، فَعَبَّرَ بِهِ عَنِ الثَّمَنِ الَّذِي يَضْمَنُهُ . وَمَنْ أَجَازَ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ فِي الْجُمْلَةِ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَمَنْعَ مِنْهُ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لَكَوْنِهِ ضَمَانٌ مَا لَمْ يَجِبْ ، وَضَمَانٌ مَجْهُولٌ ، وَضَمَانٌ عَيْنٍ . وَقَدْ بَيَّنَّا جَوَازَ الضَّمَانِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى / الْوَثِيقَةِ عَلَى الْبَائِعِ ، وَالْوَثَائِقُ ثَلَاثَةٌ ؛ الشَّهَادَةُ ، وَالرَّهْنُ ، وَالضَّمَانُ . فَأَمَّا الشَّهَادَةُ فَلَا يُسْتَوْفَى مِنْهَا الْحَقُّ ، وَأَمَّا الرَّهْنُ فَلَا يَجُوزُ فِي ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ يَنْقَى أَبَدًا مَرُهُونًا ، فَلَمْ يَنْقُ إِلَّا الضَّمَانُ . وَلِأَنَّهُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا مَا كَانَ وَاجِبًا حَالَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالضَّمَانِ حُكْمٌ إِذَا خَرَجَ مُسْتَحَقًّا أَوْ مَعِيًا حَالَ الْعَقْدِ ، وَمَتَى كَانَ كَذَلِكَ ، فَقَدْ ضَمِنَ مَا وَجَبَ حِينَ الْعَقْدِ ، وَالْجَهَالَةُ مُنْتَفِيَةٌ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ الْجُمْلَةَ ، فَإِذَا خَرَجَ بَعْضُهُ مُسْتَحَقًّا ، لَزِمَهُ بَعْضُ مَا ضَمِنَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ وَبَعْدَهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنَّمَا يَصِحُّ بَعْدَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَوْ خَرَجَ مُسْتَحَقًّا لَمْ يَجِبْ عَلَى الْبَائِعِ شَيْءٌ . وَهَذَا يَنْبَغِي عَلَى ضَمَانِ مَا لَمْ يَجِبْ إِذَا كَانَ مُفْضِيًا إِلَى الْوُجُوبِ ، كَالْجُعَالَةِ . وَالْفَاظُ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ أَنْ يَقُولَ : ضَمِنْتُ عَهْدَتَهُ أَوْ ثَمَنَهُ أَوْ دَرَكَهُ . أَوْ يَقُولَ لِلْمُشْتَرِي : ضَمِنْتُ خَلَاصَكَ مِنْهُ . أَوْ يَقُولَ : مَتَى خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا فَقَدْ ضَمِنْتُ لَكَ الثَّمَنَ . وَحَكِيَ عَنْ أَبِي يُونُسَ ، أَنَّهُ قَالَ : ضَمِنْتُ

(٢٦) فِي ب : فَلَزِمَهُ .

(٢٧) فِي ب : كَالْغُصُوبِ .

(٢٨) عَهْدَتَهُ ، أَوْ ضَمِنَتْ (٢٨) لَكَ الْعَهْدَةَ . وَالْعَهْدَةُ فِي الْحَقِيقَةِ : هِيَ الصَّلَاحُ الْمَكْتُوبُ فِيهِ الْإِيتِيَانُ . هَكَذَا فُسِّرَ بِهِ أَهْلُ اللُّغَةِ ، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْعَهْدَةَ صَارَتْ فِي الْعُرْفِ عِبَارَةً عَنِ الدَّرَكِ وَضَمَانِ الثَّمَنِ ، وَالْكَلَامُ الْمَطْلُوقُ يُحْمَلُ عَلَى الْأَسْمَاءِ الْعُرْفِيَّةِ دُونَ اللَّغَوِيَّةِ ، كَالرَّائِيَّةِ ، تُحْمَلُ (٢٩) عِنْدَ إِطْلَاقِهَا عَلَى الْمَرَادَةِ ، لَا عَلَى الْجَمَلِ ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمَوْضُوعُ . فَأَمَّا إِنْ ضَمِنَ لَهُ خَلَاصَ الْمَبِيعِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هُوَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ حُرًّا أَوْ مُسْتَحَقًّا ، لَا يَسْتَطِيعُ تَخْلِيصَهُ ، وَلَا يَحِلُّ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ بَاعَ عَبْدًا أَوْ أَمَةً ، وَضَمِنَ لَهُ الْخَلَاصَ ، فَقَالَ : كَيْفَ يَسْتَطِيعُ الْخَلَاصَ إِذَا خَرَجَ حُرًّا ؟ فَإِنْ ضَمِنَ عَهْدَةَ الْمَبِيعِ وَخَلَاصَهُ ، بَطَلَ فِي الْخَلَاصِ . وَهَلْ يَصِحُّ فِي الْعَهْدَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . إِذَا ثَبَتَ صِحَّةُ ضَمَانِ الْعَهْدَةِ ، فَالْكَلَامُ فِيمَا يَلْزَمُ الضَّامِنَ ، فنَقُولُ : إِنْ اسْتَحَقَّ رُجُوعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ لَا يَخْلُو ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِسَبَبِ حَادِثٍ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ مُقَارِنٍ لَهُ ، فَأَمَّا الْحَادِثُ فَمِثْلُ (٣٠) تَلَفِ الْمَبِيعِ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ (٣١) فِي يَدِ الْبَائِعِ أَوْ بِعَصَبٍ مِنْ يَدِهِ أَوْ يَتَفَايَلَانِ ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ دُونَ الضَّامِنِ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْاسْتِحْقَاقَ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا ضَمِنَ الْاسْتِحْقَاقَ الْمَوْجُودَ حَالَ الْعَقْدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الضَّامِنِ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ مَا لَمْ يَجِبْ جَائِزٌ ، وَهَذَا مِنْهُ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ بِسَبَبِ مُقَارِنٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ بِسَبَبِ لَا تَفْرِيطَ مِنَ الْبَائِعِ فِيهِ ، كَأَخْذِهِ بِالشَّفْعَةِ ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَأْخُذُ الثَّمَنَ مِنَ الشَّفِيعِ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ وَلَا الضَّامِنِ . وَمَتَى لَمْ يَجِبْ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ شَيْءٌ ، لَمْ يَجِبْ عَلَى الضَّامِنِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى . وَأَمَّا إِنْ زَالَ مِلْكُهُ عَنِ الْمَبِيعِ بِسَبَبِ مُقَارِنٍ لِتَفْرِيطَ مِنَ الْبَائِعِ ، بِاسْتِحْقَاقٍ أَوْ حُرِّيَّةٍ أَوْ رَدِّ بَعِيْبٍ قَدِيمٍ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ إِلَى الضَّامِنِ ، وَهَذَا ضَمَانُ الْعَهْدَةِ ، وَإِنْ أَرَادَ أَخْذَ أَرْضٍ الْعَيْبِ ، رَجَعَ عَلَى الضَّامِنِ

و ١٢١/٤

(٢٨-٢٨) سقط من : م .

(٢٩) فِي ب : « وَتَحْمَلُ » .

(٣٠) فِي الْأَصْل : « قَبْلُ » .

(٣١) فِي م : « أَوْ الْمُوزُونِ » .

أيضا ؛ لأنه إذا لزمه كل الثمن ، لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه ، وسواء ظهر كل المبيع مستحقا أو بعضه ؛ لأنه إذا ظهر بعضه مستحقا ، بطل العقد في الجميع ، في إحدى الروايتين ، فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الأخرى : لا^(٣٢) يطل العقد في الجميع ، ولكن استحق ردّها ، فإن ردّها كلها فالحكم كذلك ، وإن أمسك المملوك منها ، فله المطالبة بالأرض ، كما لو وجد بها عينا . ولو باعه عينا أو أقرضه شيئا بشرط أن يرهن عنده عينا^(٣٣) ، فتكفل^(٣٤) رجل بتسليم^(٣٥) الرهن ، لم تصح الكفالة ؛ لأنه لا يلزم الرهن إقباضه وتسليمه ، فلا يلزم الكفيل ما لا يلزم الأصل . وإن ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع ، من بناء أو غراس ، صح ، سواء ضمنه البائع أو أجنبي ، فإذا بنى أو غرس واستحق^(٣٦) المبيع ، رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح ؛ لأنه ضمان مجهول ، وضمان ما لم يجب . وقد بينا جواز ذلك .

فصل : في من يصح ضمانه ، ومن لا يصح . يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله ، سواء كان رجلا أو امرأة ؛ لأنه عقد يقصد به المال ، فصح من المرأة كالبيع ، ولا يصح من المجنون والمبرسم^(٣٧) ، ولا من صبي غير مميز ، بغير خلاف ؛ لأنه إيجاب مال بعقد ، فلم يصح منهم ، كالنذر . ولا يصح من السفه الممخور عليه . ذكره أبو الخطاب ، وهو قول الشافعي . وقال القاضي : يصح ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه ؛ لأن من أصلنا أن إقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه^(٣٨) ، فكذلك ضمانه . والأول أولى ؛ لأنه إيجاب مال بعقد ، فلم يصح منه ، كالبيع والشراء ، ولا يشبه

(٣٢) سقط من : م .

(٣٣) في م : « عينا » .

(٣٤) في م : « فكفل » .

(٣٥) في ب : « تسليم » .

(٣٦) في ب : « فاستحق » .

(٣٧) المبرسم : من به علة يهذى .

(٣٨) في م زيادة : « صح » . خطأ .

الإقرار ؛ لأنه إخبارٌ بحقٍّ سابقٍ . وأما الصبيُّ المميزُّ ، فلا يصحُّ ضمَّانُهُ ، في الصَّحيح من الوجهين . وهو قول الشافعي . وخرَّجه أصحابنا على الروایتين في صحَّة إقراره وتصرُّفاته بإذنٍ وليِّه ، ولا يصحُّ هذا الجَمْع ؛ لأنَّ هذا التِّزَامُ مالٌ لا فائدةَ له فيه ، فلم يصحَّ منه ، كالتَّبَرُّع والتَّنْذِر ، بخلافِ البَيْع . وإن اختلفا في وَقْتِ الضَّمَانِ بعدَ بُلُوغِهِ ، فقال الصبيُّ : قبلَ بُلُوغِي . وقال المَضمُونُ له : بعدَ البُلُوغِ . فقال القاضي : قياسُ قول أحمد أنَّ القولَ قولُ المَضمُونِ له ؛ لأنَّ معه سلامةَ العَقْدِ ، فكان القولُ قولَهُ ، كما لو اختلفا في شرطٍ فاسيد . ويَحْتَمِلُ أَنَّ القولَ قولُ الضَّامِنِ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ البُلُوغِ ، وعَدَمُ وُجوبِ الحَقِّ عليه . وهذا قول الشافعي . ولا يُشْبِهُ هذا ما إذا اختلفا في شرطٍ فاسيد ؛ لأنَّ الْمُخْتَلِفَيْنِ ثُمَّ مُتَّفَقَيْنِ عَلَى أَهْلِيَّةٍ^(٣٩) التَّصَرُّفِ ، والظَّاهِرُ أَنَّهُمَا لَا يَتَصَرَّفَانِ إِلَّا تَصَرُّفًا صَحِيحًا ، فكان قولُ مُدَّعِي الصَّحَّةِ هو الظَّاهِرُ ، وهُمَا اختلفا في أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ^(٤٠) ، وليس مع من يَدَّعِي الأَهْلِيَّةَ ظَاهِرٌ يَسْتَنِدُ إِلَيْهِ ، ولا أَصْلٌ يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، فلا تَرْجُعُ دَعْوَاهُ . والحُكْمُ فِي مَنْ عُرِفَ لَهُ حَالُ جُنُونٍ ، كالحُكْمِ فِي الصَّبِيِّ ، وإن لم يُعْرَفَ لَهُ حَالُ جُنُونٍ ، فالقولُ قولُ المَضمُونِ له ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُهُ ، فأما المَحْجُورُ عليه لِفَلْسِ ، فيصَحُّ ضَمَّانُهُ ، ويُتَّبَعُ بِهِ بعدَ فَلَكَ الحَجْرِ عنه ؛ لأنَّهُ من أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، والحَجْرُ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ ، لَا فِي ذِمَّتِهِ ، فَأَشْبَهَ الرَّاهِنَ ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ فيما عدا الرِّهْنِ ، فهو كالمُؤَقَّتِ أَوْ أَقْرَأَ أَوْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ . وَلَا يَصَحُّ ضَمَّانُ الْعَبْدِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، سواءَ كانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ أَوْ غيرَ مَأْذُونٍ لَهُ . وبهذا قال ابنُ أَيْ لَيْلَى ، والثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفة . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصَحَّ ، وَيُتَّبَعَ بِهِ^(٤١) بعدَ الْعِتْقِ . وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّهُ من أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ بما لَا ضَرَرَ عَلَى السَّيِّدِ فِيهِ ، كَالْإِقْرَارِ بِالْإِثْلَافِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ عَقْدٌ تَضَمَّنَ / إِيْجَابَ مَالٍ ، فَلَمْ يَصَحَّ بغيرِ إِذْنٍ ، كَالنِّكَاحِ . وقال

(٣٩) في الأصل ، ا ، م : « أهمية » .

(٤٠) في م : « الصرف » .

(٤١) سقط من : ا .

أبو ثور : إن كان من جهة التجارة جاز ، وإن كان من غير ذلك لم يجز . فإن ضمن بإذن سيده ، صح ؛ لأن سيده لو أذن له في التصرف صح . قال القاضي : وقياس المذهب تعلق المال برقبته . وقال ابن عقيل : ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد . وقال أبو الخطاب : هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده ؟ على روايتين ، كاستدائه بإذن سيده . وقد سبق الكلام فيها . فإن أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده ، صح ، ويكون ما في ذمته متعلقاً^(٤٢) برقبة المال^(٤٣) الذي في يد العبد ، كتعلق حق الجنابة برقبة الجاني ، كما لو قال الحر : ضمنت لك الدين ، على أن تأخذ من مالي هذا . صح . وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده ، كالعبد القن ؛ لأنه تبرع بالتزام مال ، فأشبهه نذره^(٤٤) الصدقة بغير مال . ويحتمل أن يصح ، ويتبع به بعد عتقه ، كقولنا في العبد . وإن ضمن بإذنه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يصح أيضاً ؛ لأنه ربما أدى إلى تفويت الحرية . والثاني ، يصح ؛ لأن الحق لهما ، لا يخرج عنهما . فأما المريض ، فإن كان مرضه غير مخوف ، أو غير مرض الموت ، فحكمه حكم الصحيح . وإن كان مرض الموت المخوف ، فحكمه ضمانه حكم تبرعه ، يحسب^(٤٥) من ثلثه ؛ لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ، ولم يأخذ عنه عوضاً ، فأشبهه الهبة . وإذا فهمت إشارة الأخرس ، صح ضمانه ؛ لأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه ، فصح ضمانه ، كالناطق ، ولا يثبت الضمان بكتابته^(٤٦) منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان ؛ لأنه قد يكتب عبثاً أو تجرئة ، فلم يثبت الضمان^(٤٧) مع الاحتمال . ومن لا يفهم إشارته لا يصح منه الضمان ؛ لأنه لا يدري بضمانه ، ولأنه لا يصح سائر تصرفاته ، فكذلك ضمانه .

(٤٢-٤٣) في م : بالمال .

(٤٣) في م : نذر .

(٤٤) في ب : يحسب .

(٤٥) في الأصل ، ا ، م : بكتابة .

(٤٦) في ب زيادة : به .

فصل : إذا ضَمِنَ الدَّيْنُ الحَالَ مُوجَّلاً ، صَحَّ ، ويكونُ حَالاً على المَضْمُونِ عنه مُوجَّلاً على الضَّامِنِ ، يَمْلِكُ مُطَالَبَةَ المَضْمُونِ عنه دون الضَّامِنِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . قال أحمدُ ، في رَجُلٍ ضَمِنَ ما على فُلَانٍ أَنْ يُؤَدِّيَهُ في ثَلَاثِ سِنِينَ : فهو عليه ، ويُؤَدِّيهِ كما ١٢٢/٤ ظ ضَمِنَ . وَوَجْهُ ذلك : ما رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ ، أَنَّ رَجُلًا لَزِمَ غَرِيماً لَهُ بِعَشْرَةِ دَنَانِيرَ / ، على عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ ، فقال : ما عِنْدِي شَيْءٌ أُعْطِيكَهُ^(٤٧) . فقال : والله لا أَفَارِقُكَ^(٤٨) حَتَّى تَقْضِيَنِي أو تَأْتِيَنِي بِحَمِيلٍ . فَجَرَّه إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فقال له النَّبِيُّ ﷺ : « كَمْ تَسْتَنْظِرُهُ ؟ » قال : شَهْرًا . قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « فَأَنَا أَحْمِلُ » . فجاءَ به^(٤٩) في الوقتِ الذي قال النَّبِيُّ ﷺ ، فقال له النَّبِيُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ أَصَبْتَ هَذَا ؟ » قال : من مَعْدِنٍ . قال : « لَا خَيْرَ فِيهَا » . وَقَضَاهَا عنه . رواه ابنُ ماجه ، في « سُنَنِهِ »^(٥٠) . ولأنَّه ضَمِنَ مَالًا بِعَقْدٍ مُوجَّلٍ ، فكان مُوجَّلاً كالْبَيْعِ . فإن قيل : فعندكم الدَّيْنُ الحَالُ لا يَتَأَجَّلُ ، فكيف يَتَأَجَّلُ على الضَّامِنِ ؟ أم كيف يَثْبُتُ في ذِمَّةِ الضَّامِنِ على غير الوَصْفِ الذي يَتَصِفُ به في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ؟ قلنا : الحقُّ يَتَأَجَّلُ في ابتداءِ ثبوتِهِ ، إذا كان ثُبُوتُهُ^(٥١) بِعَقْدٍ ، وهذا ابتداءُ ثبوتِهِ في حَقِّ الضَّامِنِ ، فإنَّه لم يَكُنْ ثَابِتًا عليه حَالًا ، ويجوزُ أَنْ يُخَالِفَ ما في ذِمَّةِ الضَّامِنِ ما في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، بِدَلِيلِ ما لو مَاتَ المَضْمُونُ عنه والدَّيْنُ مُوجَّلٌ . إذا ثَبَتَ هذا ، وكان الدَّيْنُ مُوجَّلاً^(٥٢) إلى شَهْرٍ^(٥٣) ، فَضَمِنَهُ إلى شَهْرَيْنِ ، لم يَكُنْ لَهُ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ إلى شَهْرَيْنِ ، فإن قَضَاهُ قبل الأَجَلِ ، فله الرُّجُوعُ به

(٤٧) في الأصل : « أعطيك » .

(٤٨) في الأصل : « فارقك » . وفي سنن ابن ماجه : « أفرقتك » .

(٤٩) سقط من : ١ ، م . وفي السنن : « فجاءه » .

(٥٠) في : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في استخراج المعادن ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢١٧ ، ٢١٨ .

(٥١) سقط من : م .

(٥٢) في ١ : « حالا » .

(٥٣-٥٣) سقط من : الأصل ، ١ .

في الحال ، على الرواية التي تقول : إنه إذا قضى دينه بغير إذن^(٥٤) ، رجّع به ؛ لأن أكثر ما فيه ههنا ، أنه قضى بغير إذن . وعلى الرواية الأخرى ، لا يرجع به قبل الأجل ؛ لأنه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك . وإن كان الدين موجلاً فضمنه حالاً ، لم يصير حالاً ، ولم^(٥٥) يلتزمه أدائه قبل أجله ؛ لأن الضامن فرغ للمضمون عنه ، فلا يلتزمه مالا يلتزم المضمون عنه ، ولأن المضمون عنه لو التزم نفسه تعجيل هذا الدين ، لم يلتزمه تعجيله ، فبان لا يلتزم الضامن أولى ، ولأن الضمان التزام دين في الذمة ، فلا يجوز أن يلتزم^(٥٦) مالا يلتزم المضمون عنه . فعلى هذا ، إن قضاؤه حالاً ، لم يرجع به قبل أجله ؛ لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله . والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها ، أن الدين الحال ثابت في الذمة ، مستحق القضاء في جميع الزمان ، فإذا ضمنه موجلاً فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه ، فصحح ، كما لو كان الدين عشرة ، فضمن خمسة ، وأما الدين الموجل ، فلا يستحق قضاؤه إلا عند أجله ، فإذا ضمنه / حالاً التزم ما لم يجب على المضمون ، فأشبهه ماله لو كان الدين عشرة فضمن عشرين . وقيل : يحتمل أن يصح ضمان الدين الموجل حالاً ، كما يصح ضمان الحال موجلاً ، قياساً لإحداهما على الأخرى . وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإذا ضمن ديناً موجلاً عن إنسان ، فمات أحدهما ، إما الضامن وإما المضمون عنه ، فهل يحل الدين على الميت منهما ؟ على روايتين ، تقدم ذكرهما . فإن قلنا : يحل على الميت ، لم يحل على الآخر ؛ لأن الدين لا يحل على شخص يموت غيره ، فإن كان الميت المضمون عنه ، لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل ، فإن قضاؤه قبل الأجل ، كان متبرعاً بتعجيل القضاء ، وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ؟ يخرج على الروايتين في من قضى الدين^(٥٧) بغير إذن من هو عليه . وإن كان

(٥٤) في ١ ، م : ١١ إذن .

(٥٥) في م : ١١ ولا .

(٥٦) في ١ ، م : ١١ يلتزم .

(٥٧) سقط من : م .

الْمَيْتُ الضَّامِنَ ، فَاسْتَوْفَى الْغَرِيمُ الدَّيْنَ^(٥٨) مِنْ تَرْكِتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَوْرَثَتِهِ مُطَالِبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ حَتَّى يَحِلَّ الْحَقُّ ؛ لِأَنَّهُ مُؤَجَّلٌ عَلَيْهِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتَهُ بِهِ^(٥٩) قَبْلَ أَجَلِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنْ زُفَرٍ أَنَّ لَهُمْ مُطَالِبَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَدْخَلَهُ فِي ذَلِكَ مَعَ عَلَيْهِ أَنَّهُ يَحِلُّ بِمَوْتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فَلَا تَجُوزُ مُطَالَبَتُهُ بِهِ قَبْلَ الْأَجَلِ ،^(٦٠) كَمَا لَوْ لَمْ يَمُتْ . وَقَوْلُهُ : أَدْخَلَهُ فِيهِ . قُلْنَا : إِنَّمَا أَدْخَلَهُ فِي الْمَوْجَلِ ، وَحُلُولُهُ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ ، فَهُوَ^(٦١) كَمَا لَوْ قَضَى قَبْلَ الْأَجَلِ .

٨٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَبْرَأُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ إِلَّا بِأَدَاءِ الضَّامِنِ)

يَعْنِي أَنَّ الْمَضْمُونَ عَنْهُ لَا يَبْرَأُ بِنَفْسِ الضَّامِنِ ، كَمَا يَبْرَأُ الْمُحِيلُ بِنَفْسِ الْحَوَالَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، بَلْ يَثْبُتُ الْحَقُّ فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، مَعَ بَقَايَةِ فِي ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلِصَاحِبِ الْحَقِّ مُطَالِبَةُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا فِي الْحَيَاةِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : الْكَفَالَةُ وَالْحَوَالَةُ سَوَاءٌ ، وَكِلَاهُمَا يَنْقُلُ الْحَقَّ عَنْ ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ وَالْمُحِيلِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنِ شُبْرُمَةَ ، وَدَاوُدَ ، وَاجْتَهَجُوا بِمَا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ قَالَ : كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فِي جَنَازَةٍ ، فَلَمَّا وُضِعَتْ ، قَالَ : « هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ ؟ » قَالُوا : نَعَمْ ، دِرْهَمَانِ . فَقَالَ : « صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ » . فَقَالَ عَلِيٌّ : هُمَا عَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ ، وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ . فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَصَلَّى عَلَيْهِ ، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى عَلِيٍّ فَقَالَ : « جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا عَنِ الْإِسْلَامِ ، وَفَكَ رِهَانَكَ كَمَا فَكَّكَتَ رِهَانَ أُخِيكَ » . فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، هَذَا لِعَلِيٍّ خَاصَّةً ، أَمْ لِلنَّاسِ عَامَّةً ؟ فَقَالَ : « لِلنَّاسِ عَامَّةً » . رَوَاهُ

(٥٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥٩) سقط من : الأصل ، م .

(٦٠-٦١) سقط من : الأصل .

الدَّارِقُطْنِيُّ^(١) . فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمَضْمُونَ عَنْهُ بَرِيءٌ / بِالضَّمَانِ . وَرَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي ١٢٣/٤ ظ
« الْمُسْنَدِ »^(٢) ، عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : ثَوَّفَنِي صَاحِبُ لَنَا ، فَأَتَيْنَا النَّبِيَّ ﷺ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ ،
فَحَطَّأَ خُطْوَةً ، ثُمَّ قَالَ : « أَعْلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » قُلْنَا : دَيْنَارَانِ . فَأَنْصَرَفَ ، فَتَحَمَّلَهُمَا أَبُو
قَتَادَةَ . فَقَالَ : الدَّيْنَارَانِ عَلَى . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « وَجَبَ حَقُّ الْعَرِيمِ ، وَبَرِيءُ
الْمَيْتِ مِنْهُمَا ؟ » قَالَ : نَعَمْ . فَصَلَّى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : مَا فَعَلَ الدَّيْنَارَانِ ؟ قَالَ : إِنَّمَا
مَاتَ أُمْس . قَالَ : فَعَادَ إِلَيْهِ مِنَ الْعَدِ ، فَقَالَ : قَدْ قَضَيْتُهُمَا . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ :
« الْآنَ بَرَدَتْ جِلْدُهُ »^(٣) . وَهَذَا صَرِيحٌ فِي بَرَاءَةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ لِقَوْلِهِ : « وَبَرِيءُ الْمَيْتِ
مِنْهُمَا » . وَلَئِنَّ دَيْنَ وَاحِدٍ ، فَإِذَا صَارَ فِي ذِمَّةٍ ثَانِيَةٍ بَرِئَتِ الْأُولَى مِنْهُ ، كَالْمَحَالِ بِهِ ؛
وَذَلِكَ لِأَنَّ^(٤) الْوَاحِدَ لَا يَحِلُّ فِي مَحَلِّينِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ
بِدِينِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »^(٥) . وَقَوْلُهُ فِي خَبَرِ أَبِي قَتَادَةَ : « الْآنَ بَرَدَتْ جِلْدُهُ » . حِينَ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ
قَضَى دَيْنَهُ ، وَلَئِنَّهَا وَثِيقَةٌ ، فَلَا تَنْقُلُ الْحَقُّ ، كَالشَّهَادَةِ . وَأَمَّا صَلَاةُ النَّبِيِّ ﷺ عَلَى
الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَلَئِنَّهُ بِالضَّمَانِ صَارَ لَهُ وِفَاءٌ ، وَإِنَّمَا كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَمْتَنِعُ مِنَ الصَّلَاةِ
عَلَى مَدِينٍ لَمْ يَخْلُفْ وِفَاءً . وَأَمَّا قَوْلُهُ لِعَلِيٍّ : « فَكَ اللَّهُ رَهَائِكَ ، كَمَا فَكَكَتْ رِهَانَ
أَخِيكَ » . فَإِنَّهُ كَانَ بِحَالٍ لَا يُصَلِّيُ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، فَلَمَّا ضَمِنَهُ فَكَهُ مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ
مِمَّا فِي مَعْنَاهُ . وَقَوْلُهُ : « بَرِيءُ الْمَيْتِ مِنْهُمَا » . أَيْ^(٦) صَبَرْتَ أَنْتَ الْمُطَالِبُ بِهِمَا . وَهَذَا
عَلَى سَبِيلِ التَّأَكِيدِ ؛ لِثُبُوتِ الْحَقِّ فِي ذِمَّتِهِ ، وَوُجُوبِ الْأَدَاءِ عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ فِي

(١) فِي : كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٣ / ٤٧ .

كَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ وَجُوبِ الْحَقِّ بِالضَّمَانِ ، مِنْ كِتَابِ الضَّمَانِ . السَّنَنِ الْكُبَرَى ٦ / ٧٣ .
(٢) تَقَدَّمَ قِصَّةُ أَبِي قَتَادَةَ هَذِهِ فِي صَفْحَةِ ٧١ ، عَنْ سَلَمَةَ بْنِ الْأَكْوَعِ عَنْهُ . وَالْقِصَّةُ هُنَا عَنْ جَابِرٍ أَخْرَجَهَا الْإِمَامُ
أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣ / ٣٣٠ .

كَأَخْرَجَهَا أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ التَّشْدِيدِ فِي الدِّينِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٢١ .

(٣) فِي م : « جِلْدَتُهُ » .

(٤) فِي م زِيَادَةً : « الدِّينِ » .

(٥) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي : ٦ / ٥٦٧ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

سِيَاقِ الْحَدِيثِ ، حِينَ أَخْبَرَهُ بِالْقَضَاءِ : « الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدُهُ » . وَيُفَارِقُ الضَّمَانُ الْحَوَالَةَ ؛ فَإِنَّ الضَّمَانَ مُشْتَقٌّ مِنَ الضَّمِّ ، فَيَقْتَضِي الضَّمُّ بَيْنَ الدُّمْتَيْنِ فِي تَعَلُّقِ الْحَقِّ بِهِمَا وَثُبُوتِهِ فِيهِمَا . وَالْحَوَالَةُ مِنَ التَّحَوُّلِ ، فَتَقْتَضِي تَحَوُّلَ الْحَقِّ مِنْ مَحَلِّهِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ^(٧) الدَّيْنَ الْوَاحِدَ لَا يَحِلُّ فِي مَحَلِّينِ . قُلْنَا : يَجُوزُ تَعَلُّقُهُ بِمَحَلِّينِ عَلَى سَبِيلِ الْاسْتِثْنَاءِ ، كَتَعَلُّقِ دَيْنِ الرَّهْنِ بِهِ وَبِذِمَّةِ الرَّاهِنِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ : أَمَّا الْحَيُّ فَلَا يَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَأَمَّا الْمَيِّتُ فَفِي بَرَاءَتِهِ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ يَوْسُفَ بْنِ مُوسَى ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخَبَرَيْنِ ، وَلَأنَّ فَائِدَةَ الضَّمَانِ فِي حَقِّهِ تَبَرُّتُهُ ذِمَّتُهُ ؛ فَيَنْبَغِي أَنْ تَحْصُلَ هَذِهِ الْفَائِدَةُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ ، بِخِلَافِ الْحَيِّ ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ / مِنَ الضَّمَانِ فِي حَقِّهِ الْاسْتِثْنَاءُ بِالْحَقِّ^(٨) ، وَثُبُوتُهُ فِي الدُّمْتَيْنِ آكُدُ فِي الْاسْتِثْنَاءِ^(٩) . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالْأَدَاءِ ؛ لَمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلأنَّهُ ضَمَانٌ ، فَلَا يَبْرَأُ بِهِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ كَالْحَيِّ .

١٢٤/٤

فصل : وَلصَاحِبِ الْحَقِّ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ ، أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ الضَّامِنُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأنَّهُ وَثِيقَةٌ ، فَلَا يُسْتَوْفَى الْحَقُّ مِنْهَا إِلَّا عِنْدَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِهِ مِنَ الْأَصْلِ ، كَالرَّهْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، فَمَلَكُ مُطَالَبَتِهِ ، كَالْأَصْلِ ، وَلأنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتَيْهِمَا ، فَمَلَكُ مُطَالَبَةٍ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، كَالضَّامِنَيْنِ إِذَا تَعَذَّرَتْ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَلَا يُشْبِهُ الرَّهْنَ ؛ لِأنَّهُ مَالٌ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، وَلَيْسَ يَذِي ذِمَّةً يُطَالَبُ ، إِنَّمَا يُطَالَبُ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، لِيَقْضَى مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في ١ ، م زيادة : « بالحق » .

فصل : وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه ، برئت ذمة الضامن . لا نعلم فيه خلافاً ؛ لأنه تبع ، ولأنه وثيقة ، فإذا برئ الأصل ^(١٠) زالت الوثيقة ، كالرهن . وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه ؛ لأنه أصل ، فلا يبرأ بإبراء التبع ؛ ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمة الأصل ^(١١) منها ^(١٢) ، كالرهن إذا انفسخ من غير استيفائه ^(١٣) . وإيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له ؛ لأنه حق واحد ، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما ، كما لو استوفى الحق الذى به رهن ، وإن أحال أحدهما ^(١٤) الغريم برئاً جميعاً ؛ ^(١٥) لأنه حق واحد ، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى دين الرهن . وإن أحال أحدهما الغريم برئاً جميعاً ^(١٦) ؛ لأن الحوالة كالقضاء .

فصل : وإن ضمن الضامن ضامن آخر صح ؛ لأنه دين لازم في ذمته ، فصح ضمائه ، كسائر الديون ، ويثبت الحق في ذمم ثلاثة ، فأيهم ^(١٧) قضاء برئت ذمتهم كلها ؛ لأنه حق واحد ، فإذا قضى مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى . وإن أبرأ الغريم المضمون ^(١٨) عنه ، برئ الضامتان ؛ لأنهما فرع . وإن أبرأ الضامن الأول برئ الضامتان كذلك ، ولم يبرأ المضمون عنه ؛ لما تقدم . وإن أبرأ الضامن الأول ، برئ

(١٠) فى ١ ، ب ، م : « الأصل » .

(١١) فى م : « الأصل » .

(١٢) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١٣) فى الأصل ، ب : « استيفاء » .

(١٤) سقط من : ١ ، م .

(١٥-١٥) سقط من : الأصل ، نقلة نظر .

(١٦) فى ١ ، ب ، م : « أيهم » .

(١٧) فى الأصل : « ذمة المضمون » .

الضَّامِنَانِ كَذَلِكَ ، وَلَمْ يَبْرَأِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ؛ لَمَّا تَقَدَّمَ . وَإِنْ أَبْرَأَ الضَّامِنَ الثَّانِي بَرَأَ وَخَدَهُ . وَمَتَى حَصَلَتْ بَرَاءَةُ الذَّمِّ بِالْإِبْرَاءِ ، فَلَا رُجُوعَ^(١٨) فِيهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ مَعَ الْغُرْمِ ، وَلَيْسَ فِي الْإِبْرَاءِ غُرْمٌ . وَالْكَفَالَةُ كَالضَّمَانِ فِي هَذَا الْمَعْنَى جَمِيعِهِ ، وَتَزِيدُ بِأَنَّهُ إِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ بَرَأَ كَفِيلَاهُ ، وَإِنْ مَاتَ الْكَفِيلُ الْأَوَّلُ بَرَأَ الثَّانِي / دُونَ الْمَكْفُولِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الرُّبُوبَةَ أَتَحَلَّتْ مِنْ غَيْرِ اسْتِيفَاءٍ ، فَاشْتَبَهَ الرُّهْنُ ، وَإِنْ مَاتَ الْكَفِيلُ الثَّانِي^(١٩) بَرَأَ وَخَدَهُ .

فصل : وَإِنْ ضَمِنَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ الضَّامِنَ ، أَوْ تَكَفَّلَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ الْكَفِيلَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَقْتَضِي إِرْثَامَهُ الْحَقِّ فِي ذِمَّتِهِ ، وَالْحَقُّ لَا يَرِمْ لَهُ ، فَلَا يُتَصَوَّرُ إِرْثَامُهُ^(٢٠) ثَانِيًا ، وَلَئِنَّهُ أَصْلٌ فِي هَذَا الدِّينِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ فَرَعًا فِيهِ . وَإِنْ ضَمِنَ عَنْهُ دَيْنًا آخَرَ ، أَوْ كَفَّلَ بِهِ فِي حَقِّ آخَرَ ، جَازَ ؛ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِيهِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَ الْحَقُّ عَنِ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ اثْنَانِ وَأَكْثَرَ ، سَوَاءً ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جَمِيعَهُ أَوْ جُزْأً مِنْهُ ، فَإِنْ ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جَمِيعَهُ ، بَرَأَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِأَدَاءِ أَحَدِهِمْ ، وَإِنْ أَبْرَأَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، بَرَأَ الْجَمِيعُ ؛ لِأَنَّهُمْ مُرَوِّعٌ لَهُ .^(٢١) وَإِنْ أَبْرَأَ أَحَدَ الضَّمَّانِ ، بَرَأَ وَخَدَهُ ، وَلَمْ يَبْرَأْ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّهُمْ غَيْرُ مُرَوِّعٍ لَهُ^(٢٢) ، فَلَمْ يَتَرَعَوْا بِبَرَاءَتِهِ ، كَالْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَإِنْ ضَمِنَ أَحَدُهُمْ صَاحِبَهُ لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ فِي ذِمَّتِهِ بِضَمَانِهِ الْأَصْلِيِّ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُثَبَّتَ ثَانِيًا ، وَلَئِنَّهُ أَصْلٌ فِيهِ بِالضَّمَّانِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ فِيهِ فَرَعًا . وَلَوْ تَكَفَّلَ بِالرَّجُلِ الْوَاحِدِ رَجُلَانِ ، جَازَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَتَكَفَّلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ

(١٨) فِي م : « يَرْجِعُ » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « التَّرَامَةُ » .

(٢١-٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

الكَفِيلَيْن صَاحِبَهُ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَهَ بِيَدِنِهِ ، لَا بِمَا فِي ذِمَّتِهِ . وَأَيُّ الْكَفِيلَيْنِ أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ
 بَرِيءٌ وَبَرِيءٌ صَاحِبُهُ مِنَ الْكَفَالَهَ ؛ لِأَنَّهُ فَرَعُهُ ، وَلَمْ يَبْرَأْ مِنْ إِحْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ
 أَصْلٌ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَفَلَ الْمَكْفُولُ بِهِ ^(٢٢) الْكَفِيلَ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ لَهُ فِي الْكَفَالَهَ ،
 فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَصِيرَ فَرَعًا لَهُ فِيمَا كَفَلَ بِهِ . وَإِنْ كَفَلَ بِهِ فِي غَيْرِ هَذَا الْحَقِّ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
 بِفَرَعٍ لَهُ فِي ذَلِكَ .

٨٢٤ - مسألة ؛ قال : (فَمَتَى أَذَى رَجَعَ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ قَالَهُ : اِضْمَنْ عَنِّي ، أَوْ
 لَمْ يَقُلْ)

يعنى إذا أذى الدَّيْنِ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَأَمَّا إِنْ قَضَى الدَّيْنِ
 مُتَبَرِّعًا بِهِ ، غَيْرَ نَاقِلٍ لِلرُّجُوعِ بِهِ ، فَلَا يَرْجَعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ تَطَوُّعٌ ^(١) بِذَلِكَ ، أَشْبَهَ
 الصَّدَقَةَ . وَسَوَاءٌ ضَمِنَ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فَأَمَّا إِذَا أَدَّاهُ بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ بِهِ ، لَمْ يَخُلْ مِنْ
 أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَضْمَنَ بِأَمْرِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَيُؤَدِّي بِأَمْرِهِ ، فَإِنَّهُ يَرْجَعُ
 عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ قَالَهُ : اِضْمَنْ عَنِّي . أَوْ : أَذَى عَنِّي . أَوْ أَطْلَقَ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ،
 وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ : إِنْ قَالَ : اِضْمَنْ عَنِّي ، وَانْقَضَتْ عَنِّي .
 رَجَعَ / عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : انْقَضَ هَذَا . لَمْ يَرْجَعْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُخَالَطًا لَهُ ، يَسْتَقِرُّ مِنْهُ ،
 وَيُودِعُ عَنْده ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : اِضْمَنْ عَنِّي ، وَانْقَضَتْ عَنِّي . إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْحَقِّ ، وَإِذَا أَطْلَقَ ذَلِكَ
 صَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : هَبْ لِهَذَا ، أَوْ تَطَوُّعٌ عَلَيْهِ . وَإِذَا كَانَ مُخَالَطًا لَهُ رَجَعَ اسْتِحْسَانًا ؛
 لِأَنَّهُ قَدْ يَأْمُرُ مُخَالَطُهُ بِالْتَّقَدُّعِ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ضَمِنَ وَدَفَعَ بِأَمْرِهِ ، فَأَشْبَهَ إِذَا كَانَ مُخَالَطًا
 لَهُ ، أَوْ قَالَ : اِضْمَنْ عَنِّي . وَمَا ذَكَرَاهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَمَرَهُ بِالضَّمَانِ لَا يَكُونُ إِلَّا
 لِمَا هُوَ عَلَيْهِ ، وَأَمْرُهُ بِالْتَّقَدُّعِ بَعْدَ ذَلِكَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا ضَمِنَهُ ، بِدَلِيلِ الْمُخَالَطَةِ لَهُ ، فَيَجِبُ
 عَلَيْهِ أَدَاءُ مَا أَدَّى عَنْهُ ، كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ . الْحَالُ الثَّانِي ، ضَمِنَ بِأَمْرِهِ ، وَقَضَى بِغَيْرِ أَمْرِهِ ،
 فَهُوَ الرُّجُوعُ أَيْضًا . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ الْوُجُوهِ عَنْهُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي : لَا

(٢٢) سقط من : م .

(١) في ١ ، م : يتطوع .

يَرْجِعُ^(٢) ؛ لَأَنَّهُ دَفَعَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَبَرَّعَ بِهِ . الثالث ، أَنَّهُ إِنْ تَعَذَّرَ الرَّجُوعُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَدَفَعَ مَا عَلَيْهِ ، رَجَعَ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لَأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالْدَفْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا أُذِنَ فِي الضَّمَانِ ، تَضَمَّنَ ذَلِكَ إِذْنُهُ فِي الْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يُوجِبُ عَلَيْهِ الْأَدَاءَ ، فَيَرْجِعُ^(٣) عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ فِي الْأَدَاءِ صَرِيحًا . الْحَالُ الثَّالِثُ ، ضَمِنَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، وَقَضَى بِأَمْرِهِ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ أَيْضًا . وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّ^(٤) أَمْرَهُ بِالْقَضَاءِ انْصَرَفَ إِلَى مَا وَجِبَ بِضَمَانِهِ .^(٥) وَلَنَا : أَنَّهُ أَدَّى دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ ، فَرَجَعَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ ضَامِنًا ، أَوْ كَمَا لَوْ ضَمِنَ بِأَمْرِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ أُذِنَ فِي الْقَضَاءِ انْصَرَفَ إِلَى مَا وَجِبَ بِضَمَانِهِ^(٦) . قُلْنَا : الْوَاجِبُ^(٧) بِضَمَانِهِ إِنَّمَا هُوَ أَدَاءُ دَيْنِهِ ، وَلَيْسَ هُوَ شَيْئًا آخَرَ ، فَمَتَى أَذَاهُ عَنْهُ بِإِذْنِهِ لَزِمَهُ إِعْطَاؤُهُ بَدْلَهُ . الْحَالُ الرَّابِعُ ، ضَمِنَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، وَقَضَى بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فَفِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ بِمَا أَدَّى . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحُسَيْنِ ، وَإِسْحَاقَ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ عَلِيٍّ وَأَبِي قَتَادَةَ^(٨) ، فَإِنَّهُمَا لَوْ كَانَا يَسْتَحِقُّانِ الرَّجُوعَ عَلَى الْمَيِّتِ ، صَارَ الدَّيْنُ لهُمَا ، فَكَانَتْ ذِمَّةُ الْمَيِّتِ مَشْغُولَةً بِدَيْنِهِمَا ، كَأَشْيَعَالِهَا بِدَيْنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلَمْ يُصَلِّ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، / وَلَأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِذَلِكَ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ عَلَفَ دَوَابَّهُ وَأَطْعَمَ عِبِيدَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلَى ، أَنَّهُ قَضَاءُ مُبْرَأٍ مِنْ دَيْنٍ وَاجِبٍ ، فَكَانَ مِنْ ضَمَانٍ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، كَالْحَاكِمِ إِذَا قَضَاهُ عَنْهُ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ . فَأَمَّا عَلِيُّ وَأَبُو قَتَادَةَ ، فَإِنَّهُمَا تَبَرَّعَا بِالْقَضَاءِ وَالضَّمَانِ ، فَإِنَّهُمَا قَضَيَا دَيْنَهُ قَصْدًا لِتَبَرُّئِهِ ذِمَّتِهِ ، لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، مَعَ عِلْمِهِمَا بِأَنَّهُ لَمْ يَتْرُكْ

ظ ١٢٥/٤

(٢) فِي مِيزَانِ : « بِهِ » .

(٣) فِي ١ ، ب ، م : « فَرَجَعَ » .

(٤) فِي النِّسْخِ : « لِأَنَّهُ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « وَالْوَاجِبُ » .

(٧) تَقْدِيمًا فِي صَفْحَةِ ٧١ ، ٨٤ .

وَفَاءً ، وَالْمُتَبَرِّعُ لَا يَرْجِعُ شَيْءٌ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْمُحْتَسِبِ بِالرُّجُوعِ .

فصل : وَيَرْجِعُ الضَّامِنُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِأَقْلٍ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا قَضَى أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَقْلُ الدَّيْنَ ، فَالزَّائِدُ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا ، فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِأَدَائِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْضِيُّ أَقْلًا ، فَإِنَّمَا يَرْجِعُ بِمَا غَرِمَ ، وَلِهَذَا لَوْ أَبْرَأَهُ غَرِيمُهُ لَمْ يَرْجِعْ شَيْءٌ . وَإِنْ ^(٨) دَفَعَ عَنِ الدَّيْنِ غَرْضًا ، رَجَعَ بِأَقْلٍ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنِ لِلذَلِكَ ، وَإِنْ قَضَى الْمُؤَجَّلَ قَبْلَ أَجَلِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ قَبْلَ أَجَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ لَهُ أَكْثَرُ مِمَّا كَانَ لِلْغَرِيمِ . فَإِنْ أَحَالَهُ ، كَانَتْ الْحَوَالَةُ بِمَنْزِلَةِ تَقْبِيضِهِ ، وَيَرْجِعُ بِالْأَقْلِ مِمَّا أَحَالَ بِهِ أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنِ ، سَوَاءً قَبِضَ الْغَرِيمُ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ أَوْ أَبْرَأَهُ ، أَوْ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْأَسْتِيفَاءُ ، لِفَلْسَفِي أَوْ مَطْلٍ ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الْحَوَالَةِ كَالِإِقْبَاضِ .

فصل : وَلَوْ كَانَ عَلَى رَجُلَيْنِ مِائَةٌ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ ^(٩) مِنْهُمَا يَنْصِفُهَا ، وَكُلُّ وَاحِدٍ ضَامِنٌ عَنِ صَاحِبِهِ ^(١٠) مَا عَلَيْهِ ^(١١) ، فَضَمِنَ آخَرُ عَنْ أَحَدِهِمَا الْمِائَةَ بِأَمْرِهِ وَقَضَاهَا ، سَقَطَ الْحَقُّ عَنِ الْجَمِيعِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِهَا عَلَى الَّذِي ضَمِنَ عَنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْآخَرِ شَيْءٌ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ عَنْهُ ، وَلَا أُذِنَ لَهُ فِي الْقَضَاءِ ، فَإِذَا رَجَعَ عَلَى الَّذِي ضَمِنَ عَنْهُ ، رَجَعَ عَلَى الْآخَرِ يَنْصِفُهَا ، إِنْ كَانَ ضَمِنَ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَهَا عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، وَقَضَاهَا ضَامِنُهُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْآخَرِ بِالْمِائَةِ ؛ لِأَنَّهُا وَجَبَتْ لَهُ عَلَى مَنْ أَدَاهَا عَنْهُ ، فَمَلَكَ الرُّجُوعَ بِهَا عَلَيْهِ كَالْأَصِيلِ ^(١٢) .

فصل : إِذَا ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ ^(١٣) ، فَطَوَّلَ الضَّامِنُ ، فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِتَخْلِيصِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ الْأَدَاءُ عَنْهُ بِأَمْرِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِتَبَرُّقَةِ ذِمَّتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُطَالَبِ الضَّامِنُ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَةَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ بِالَّذِينَ

(٨) فِي الْأَصْلِ : « وَلَوْ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : « م » .

(١٠-١١) سَقَطَ مِنْ : « م » .

(١١) فِي م : « كَالْأَصْلِ » .

(١٢) فِي م : « بِإِذْنِهِ » .

قَبْلَ غَرَامَتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِهِ^(١٣) قَبْلَ طَلَبِهِ مِنْهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ لَهُ الْمُطَالَبَةَ ؛ لِأَنَّهُ شَعَلَ ذِمَّتُهُ بِإِذْنِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِتَفْرِيعِهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَهَنَهُ ، كَانَ لِسَيِّدِهِ^(١٤) مُطَالَبَتُهُ بِفَكَاحِهِ وَتَفْرِيعِهِ مِنَ الرَّهْنِ . وَالْأَوَّلُ أَوَّلَى . وَيُفَارِقُ الضَّمَانُ الْعَارِيَّةَ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَتَضَرَّرُ بِتَعْوِيقِ مَنَافِعِ عَبْدِهِ الْمُسْتَعَارِ ، فَمَلَكَ الْمُطَالَبَةَ بِمَا يُزِيلُ الضَّرَرَ عَنْهُ ، وَالضَّامِنُ لَا يَبْطُلُ بِالضَّمَانِ شَيْءٌ مِنْ مَنَافِعِهِ . فَأَمَّا إِنْ ضَمِنَ عَنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَةَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ يُطَالَبُ بِهِ ، وَلَا شَعَلَ ذِمَّتُهُ بِأَمْرِهِ ، فَاشْتَبَهَ الْأَجْنَبِيُّ . وَقِيلَ : إِنَّ هَذَا يَنْبَنِي عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ فِي رُجُوعِهِ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِمَا أَذَى عَنْهُ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَرْجِعُ . فَلَا مُطَالَبَةَ لَهُ بِحَالٍ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ . فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ ضَمِنَ عَنْهُ بِأَمْرِهِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنْ^(١٥) تَفْصِيلِهِ .

فصل : فَإِنْ ضَمِنَ الضَّامِنُ ضَامِنٌ آخَرُ ، فَقَضَى أَحَدُهُم الدَّيْنَ ، بَرُّهُمَا جَمِيعًا . فَإِنْ قَضَاهُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ قَضَاهُ الضَّامِنُ الْأَوَّلُ رَجَعَ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ دُونَ الضَّامِنِ عَنْهُ . وَإِنْ قَضَاهُ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ ، ثُمَّ رَجَعَ الْأَوَّلُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ أَذِنَ لَصَاحِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَذِنَ لَهُ ، فَفِي الرُّجُوعِ رَوَاتِبَانِ . وَإِنْ أَذِنَ الْأَوَّلُ لِلثَّانِي ، وَلَمْ يَأْذِنِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، أَوْ أَذِنَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ لِضَامِنِهِ ، وَلَمْ يَأْذِنِ الضَّامِنُ لِضَامِنِهِ ، رَجَعَ الْمَأْذُونُ لَهُ عَلَى مَنْ أَذِنَ لَهُ ، وَلَمْ يَرْجِعِ الْآخَرُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَاتِبَيْنِ ، فَإِنْ أَذِنَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ لِلضَّامِنِ الثَّانِي فِي الضَّمَانِ ، وَلَمْ يَأْذِنَ لَهُ الضَّامِنُ الْأَوَّلُ ، رَجَعَ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الضَّامِنِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا رَجَعَ^(١٦) عَلَى مَنْ أَذِنَ لَهُ دُونَ غَيْرِهِ .

فصل : إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفٌ عَلَى رَجُلَيْنِ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في ١ ، م : « للسيد » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) في ب ، م : « يرجع » .

ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَأُبْرَأُ الْغَرِيمُ أَحَدَهُمَا مِنَ الْآلِفِ ، بَرِئُ مِنْهُ ، وَبَرِئُ صَاحِبِهِ مِنْ ضَمَانِهِ ، وَبَقِيَ عَلَيْهِ خَمْسُمِائَةٍ . ^(١٧) وَإِنْ قَضَاهُ أَحَدُهُمَا خَمْسُمِائَةٍ ^(١٧) ، أَوْ أُبْرَأَهُ الْغَرِيمُ مِنْهَا ، وَعَيَّنَ الْقَضَاءُ بِلَفْظِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ عَنِ الْأَصْلِ وَالضَّمَانِ / ، انْصَرَفَ إِلَيْهِ . وَإِنْ أُطْلِقَ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَهُ صَرَفُهَا إِلَى مَا شَاءَ مِنْهَا ، ^(١٨) كَمَنْ أَخْرَجَ زَكَاةَ نَصَابٍ وَلَهُ نَصَابَانِ غَائِبٌ وَحَاضِرٌ ، كَانَ لَهُ صَرَفُهَا إِلَى مَا شَاءَ مِنْهَا ^(١٨) . وَاخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهَا عَنِ الْأَصْلِ ، وَنِصْفُهَا عَنِ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْقَضَاءِ وَالْإِبْرَاءِ يَنْصَرِفُ إِلَى جُمْلَةٍ مَا فِي ذِمَّتِهِ ، فَيَكُونُ مِنْهَا ^(١٩) ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْقَضَاءِ لَفْظُ الْقَاضِي وَنِيَّتُهُ ، وَفِي الْإِبْرَاءِ لَفْظُ الْمُبْرَرِ وَنِيَّتُهُ ، وَمَتَى اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ الْمُعْتَبَرُ لَفْظُهُ وَنِيَّتُهُ .

فصل : ولو ادَّعى ألفاً على حاضِرٍ وغَائِبٍ ، وَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَاغْتَرَفَ الْحَاضِرُ بِذَلِكَ ، فَلَهُ أَخْذُ الْآلِفِ مِنْهُ ، فَإِذَا قَدِمَ الْغَائِبُ فَاغْتَرَفَ ، رَجَعَ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنِصْفِهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْحَاضِرُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَاسْتَوْفَى الْآلِفَ مِنْهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْغَائِبِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ بِإِنْكَارِهِ مُعْتَرِفٌ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا الْمُدَّعَى ظَلَمَهُ . وَإِنْ اعْتَرَفَ الْغَائِبُ وَعَادَ الْحَاضِرُ عَنْ إِنْكَارِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ حَقًّا يَعْتَرِفُ لَهُ بِهِ ، فَكَانَ لَهُ أَخْذُهُ مِنْهُ . وَإِنْ لَمْ يَقُمْ عَلَى الْحَاضِرِ بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ وَبَرِئَ ، فَإِذَا قَدِمَ الْغَائِبُ فَأَنْكَرَ أَيْضًا وَحَلَفَ ، بَرِئَ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ ، لَزِمَهُ دَفْعُ الْآلِفِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا خَمْسُ الْمِائَةِ الْأَصْلِيَّةِ دُونَ الْمَضْمُونَةِ ؛ لِأَنَّهَا سَقَطَتْ عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِيَمِينِهِ ، فَتَسْقُطُ عَنْ ضَامِنِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُعْتَرِفٌ ^(٢٠) بِهَا وَغَرِيمُهُ يَدَّعِيهَا ،

(١٧-١٧) سقط من : ب .

(١٨-١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) في ب ، م : « بينهما » .

(٢٠) في م : « يعترف » .

وَالْيَمِينُ إِنَّمَا أَسْقَطَتِ الْمُطَالَبَةَ عَنْهُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلَمْ تُسْقِطْ عَنْهُ الْحَقُّ الَّذِي فِي ذِمَّتِهِ ، وَهَذَا لَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ بَعْدَ يَمِينِهِ ، لَزِمَهُ ، وَلَزِمَ الضَّامِنَ .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى الضَّامِنُ أَنَّهُ قَضَى الدَّيْنَ ، فَأُنْكَرَ الْمَضْمُونُ لَهُ ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَضْمُونِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى تَسْلِيمَ الْمَالِ إِلَى مَنْ لَمْ يَأْمَنْهُ عَلَيْهِ ^(٢١) ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكَرِ ، وَلَهُ مُطَالَبَةٌ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَهَلْ يَرْجِعُ الضَّامِنُ بِمَا قَضَاهُ عَنْهُ ؟ نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ لَهُ بِالْقَضَاءِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِالْقَضَاءِ ، وَكَانَ قَدْ قَضَى بغير بَيِّنَةٍ فِي غَيْبَةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، سِوَاءَ صَدَقَهُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ أَوْ كَذَبَهُ ؛ لِأَنَّهُ أُذِنَ لَهُ فِي قَضَاءِ مُبْرِيءٍ وَلَمْ يُوجَدْ ، وَإِنْ قَضَاهُ بِبَيِّنَةٍ ، ثَبَتَ بِهَا الْحَقُّ ، لَكِنْ إِنْ ^(٢٢) كَانَتْ مَيِّتَةً أَوْ غَائِبَةً فَلِلضَّامِنِ / الرَّجُوعُ عَلَى الْمَضْمُونِ لَهُ ^(٢٣) ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ ^(٢٤) أَنَّهُ مَا قَصَرَ وَلَا فَرَطَ . وَإِنْ قَضَاهُ بِبَيِّنَةٍ مَرْدُودَةٍ بِأَمْرِ ظَاهِرٍ ، كَالْكُفْرِ وَالْفِسْقِ الظَّاهِرِ ، لَمْ يَرْجِعِ الضَّامِنُ لِتَفْرِيطِهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ كَعَدَمِهَا . وَإِنْ رُدَّتْ بِأَمْرِ خَفِيِّ ، كَالْفِسْقِ الْبَاطِنِ ، أَوْ كَانَتِ الشَّهَادَةُ مُخْتَلَفًا فِيهَا ، مِثْلَ أَنْ أَشْهَدَ عَبْدَيْنِ ، أَوْ شَاهِدًا وَاحِدًا ، فَرُدَّتْ لَذَلِكَ ، أَوْ كَانَ مَيِّتًا أَوْ غَائِبًا ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَرْجِعَ ؛ لِأَنَّهُ قَضَى بِبَيِّنَةٍ شَرْعِيَّةٍ ، وَالْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ لَيْسَ إِلَيْهِ . وَاحْتَمَلُ أَنْ لَا يَرْجِعَ ؛ لِأَنَّهُ أَشْهَدَ مَنْ لَا يَثْبُتُ الْحَقُّ بِشَهَادَتِهِ . وَإِنْ قَضَى بِغير بَيِّنَةٍ بِحَضْرَةِ ^(٢٥) الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَرْجِعُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ حَاضِرًا كَانَ الْاِحْتِيَاطُ إِلَيْهِ ، فَإِذَا تَرَكَ التَّحْفِظَ وَهُوَ حَاضِرٌ ، فَهُوَ الْمُفَرِّطُ دُونَ الضَّامِنِ . وَالثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ قَضَى قَضَاءً لَا يُبْرِيءُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَضَى فِي غَيْبَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ رَجَعَ ^(٢٦)

(٢١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٣) في م : « عنه » .

(٢٤) في م : « يعترف » .

(٢٥) في ا : « بحضور » .

(٢٦) في الأصل ، ب : « يرجع » .

المَضْمُونُ له على الضَّامِنِ، فاستوفى منه مرةً ثانية، رَجَعَ على^(٢٧) المَضْمُونِ عنه بما قَضَاهُ
ثانياً ؛ لأنه أُبرأ به ذِمَّتُهُ ظاهراً . قال القاضي : ويَحْتَمِلُ أنْ له الرُّجوعُ بما قَضَاهُ أوْلاً دونَ
الثاني ؛ لأنَّ البراءةَ حَصَلَتْ به في الباطِنِ . ولأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ كهَذايْنِ الوَجْهَيْنِ وَجْهٌ
ثالثٌ ، أَنَّهُ لا يَرْجِعُ بشيءٍ بِحَالٍ ؛ لأنَّ الأوَّلَ ما أُبرأهُ ظاهراً ، والثَّاني ما أُبرأهُ باطِناً .
ولنا ، أَنَّ الضَّامِنَ أَدَّى عن المَضْمُونِ عنه^(٢٨) بِإِذْنِهِ إِذَا أُبرأهُ ظاهراً وباطِناً فَرَجَعَ به ، كما
لو قَامَتْ به البَيِّنَةُ . والوَجْهُ الأوَّلُ أَرْجَحُ ؛ لأنَّ القَضَاءَ المُبْرئُ في الباطِنِ ما أَوْجَبَ
الرُّجوعَ ، فَيَجِبُ أنْ يَجِبَ بالباقي المُبْرئُ في الظَّاهِرِ . وإنْ اعْتَرَفَ المَضْمُونُ له
بالقَضَاءِ ، وأَنْكَرَ المَضْمُونُ عنه ، لم يُلْتَفَتْ إلى إنْكَارِهِ ؛ لأنَّ ما في ذِمَّتِهِ حَقٌّ
لِلْمَضْمُونِ^(٢٩) له ، فإذا اعْتَرَفَ بالقَبْضِ مِنَ الضَّامِنِ ، فقد اعْتَرَفَ بأنَّ الحَقَّ الَّذِي له
صَارَ لِلضَّامِنِ ، فَيَجِبُ أنْ يُقْبَلَ إقْرَارُهُ ، لكَوْنِهِ إقْرَاراً في حَقِّ نَفْسِهِ . وَيَحْتَمِلُ أنْ لا
يُقْبَلَ ؛ لأنَّ الضَّامِنَ مُدَّعٍ لما يَسْتَحِقُّ به الرُّجوعُ على المَضْمُونِ عنه ، فَقَوْلُ المَضْمُونِ له
شَهَادَةٌ على فِعْلِ نَفْسِهِ ، فلا يُقْبَلُ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ، وشَهَادَةُ الْإِنْسَانِ على فِعْلِ نَفْسِهِ
صَحِيحَةٌ ، كَشَهَادَةِ الْمُرْضِعَةِ بِالرُّضَاعِ ، وقد ثَبَّتَ ذَلِكَ بِخَبَرِ عُقْبَةَ بْنِ الْحَارِثِ^(٣٠) .

فصل : ولا يَدْخُلُ الضَّمانُ والكِفَالَةُ خِيَاراً ؛ لأنَّ الخِيَارَ جُعِلَ لِيُعْرِفَ ما فيه الحِطُّ ،

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) في ١ ، م : « المضمون » .

(٣٠) وذلك ما روى عن عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت امرأة ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت : أرضعتكما ، فأثبت
النبي ﷺ ، فقلت : تزوجت فلانة بنت فلان ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت لي : إني قد أرضعتكما . وهي كاذبة .
فأعرض عنه ، فأثبتته من قبل وجهه قلت : إنها كاذبة . قال : « كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، دعها
عنك » .

أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفي : باب شهادة المرضعة ، من كتاب
النكاح . صحيح البخاري ٣ / ٧٠ ، ٧٠ / ١٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ،
من أبواب الرضاع . عارضة الأحمدي ٥ / ٩٣ . والدارمي ، في : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب
النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٥٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٧ ، ٣٨٤ . وعبد الرزاق ، في : باب شهادة
امرأة على الرضاع ، من كتاب النكاح . المصنف ٧ / ٤٨١ ، ٤٨٢ .

١٢٧/٤ ظ / والضَّامِّينَ وَالْكَفِيلَ دَخَلَا^(٣١) عَلَى بَصِيرَةٍ أَنَّهُ لَاحِظٌ لَهَا ، وَلَئِنَّهُ عَقْدٌ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ ، فَلَمْ يَدْخُلْهُ خِيَارٌ ، كَالْتَذَرِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ عَنْ أَحَدٍ خِلَافَهُمْ . فَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِيهِمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي أَنَّ الْكَفَالَهَ تَبْطُلُ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ مَا يُنَافِي مُقْتَضَاهَا ، فَفَسَدَتْ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يُؤَدَّى مَا عَلَى الْمَكْفُولِ بِهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ مُقْتَضَى الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لُزُومُ مَا ضَمِنَهُ أَوْ كَفَلَ بِهِ ، وَالْخِيَارُ يُنَافِي ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ الشَّرْطُ وَتَصِحَّ الْكَفَالَةُ ، كَمَا قُلْنَا فِي الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَلَوْ أَقْرَبَانَهُ كَفَلَ^(٣٢) بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، لَزِمَتْهُ الْكَفَالَةُ ، وَبَطُلَ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ بِإِقْرَارِهِ مَا يَبْطُلُهُ ، فَأَشْبَهَ اسْتِثْنَاءَ الْكُلِّ .

فصل : وَإِذَا ضَمِنَ رَجُلَانِ عَنْ رَجُلٍ أَلْفًا ، ضَمَانَ اشْتِرَاكِ^(٣٣) فَقَالَا : ضَمِنَّا لَكَ الْأَلْفَ الَّذِي عَلَى زَيْدٍ . فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِنِصْفِهِ . وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ^(٣٤) ضَامِنٌ ثَلَاثَةً . فَإِنْ قَالَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ^(٣٤) : أَنَا وَهَذَا^(٣٥) ضَامِنُونَ لَكَ الْأَلْفَ . فَسَكَتَ الْآخَرَانِ ، فَعَلَيْهِ ثَلَاثُ الْأَلْفِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ : كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا ضَامِنٌ لَكَ الْأَلْفَ . فَهَذَا ضَمَانُ اشْتِرَاكِ وَانْفِرَادٍ ، وَلَهُ مُطَابَقَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِالْأَلْفِ كُلِّهِ إِنْ شَاءَ . وَإِنْ أَدَّى أَحَدُهُمُ الْأَلْفَ كُلَّهُ ، أَوْ حَصَصْتَهُ مِنْهُ^(٣٦) . لَمْ يَرْجِعْ إِلَّا عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ضَامِنٌ أَصْلِيٌّ ، وَلَيْسَ بِضَامِنٍ عَنِ الضَّامِنِ الْآخَرِ .

٨٢٥ - مسألة ؛ قَالَ : (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسِهِ لَزِمَهُ مَا عَلَيْهَا إِنْ لَمْ يُسَلِّمْهَا)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْكَفَالَهَ بِالنَّفْسِ صَحِيحَةٌ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . هَذَا مَذْهَبُ

(٣١) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « كَفِيلٌ » .

(٣٣) فِي أ ، م : « اشْتِرَاطٌ » .

(٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٣٥) فِي م : « وَهَذَا » .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : م .

شُرِّجَ ، ومالِكُ ، والثَّوْرِيُّ ، واللَّيْثُ ، وأبَى حَنِيفَةَ . وقال الشَّافِعِيُّ في بعض أقواله :
 الكَفَّالَةُ بِالْبَدَنِ ضَعِيفَةٌ . واخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ ، فمنهم مَنْ قال : هِيَ صَحِيحَةٌ قَوْلًا
 وَاحِدًا . وإنما أَرَادَ أَنَّهَا ضَعِيفَةٌ فِي الْقِيَاسِ ، وإنْ كَانَتْ ثَابِتَةً بِالْإِجْمَاعِ وَالْأَثَرِ . ومنهم مَنْ
 قال : فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا غَيْرُ صَحِيحَةٍ ؛ لِأَنَّهَا كَفَّالَةٌ بِعَيْنٍ ، فلمْ تَصِحَّ ،
 كَالْكَفَّالَةِ بِالْوَجْهِ وَيَدَيِ الشَّاهِدِينَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى
 تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ ^(١) . وَلأنَّ مَا وَجَبَ تَسْلِيمُهُ بِعَقْدِ
 وَجَبَ تَسْلِيمُهُ بِعَقْدِ الْكَفَّالَةِ ، كَالْمَالِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ / مَتَى تَعَذَّرَ عَلَى الْكَفِيلِ
 إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ مَعَ حَيَاتِهِ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنْ إِحْضَارِهِ ، لَرَمَهُ مَا عَلَيْهِ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : لَا
 يَغْرُمُ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ^(٢) . وَلِأَنَّهَا أَحَدُ نَوْعِي
 الْكَفَّالَةِ ، فَوَجَبَ بِهَا الْغَرْمُ ، كَالْكَفَّالَةِ بِالْمَالِ .

فصل : وَإِذَا قَالَ : أَنَا كَفِيلٌ بِفُلَانٍ ، أَوْ بِنَفْسِهِ ، أَوْ بِيَدَيْهِ ، ^(٣) أَوْ بِوَجْهِهِ ، كَانَ
 كَفِيلًا بِهِ . وَإِنْ كَفَلَ بِرَأْسِهِ أَوْ كَبِدِهِ ^(٤) ، أَوْ جُزْءٍ لَا تَبْقَى الْحَيَاةُ بِدُونِهِ ، أَوْ بِجُزْءٍ شَائِعٍ
 مِنْهُ ، كَثُلْتِهِ أَوْ رُبُعِهِ ، صَحَّتِ الْكَفَّالَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ إِحْضَارُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِحْضَارِهِ كُلِّهِ .
 وَإِنْ تَكَفَّلَ بَعْضُ بَقِيَّةِ الْحَيَاةِ بَعْدَ زَوَالِهِ ، كَبِدِهِ وَرِجْلِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
 تَصِحُّ الْكَفَّالَةُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا
 يُمَكِّنُهُ إِحْضَارُ هَذِهِ الْأَعْضَاءِ عَلَى صِفَتِهَا إِلَّا بِإِحْضَارِ الْبَدَنِ كُلِّهِ ، فَاشْتَبَهَ الْكَفَّالَةَ بِوَجْهِهِ
 وَرَأْسِهِ ، وَلِأَنَّهُ حُكْمٌ يَتَعَلَّقُ بِالْجُمْلَةِ فَيُثْبِتُ حُكْمَهُ إِذَا أَضْيَفَ إِلَى الْبَعْضِ ، كَالطَّلَاقِ
 وَالْعَتَاقِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ إِحْضَارَهُ بِدُونِ الْجُمْلَةِ مَعَ بَقَائِهَا . وَقَالَ
 الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ الْكَفَّالَةُ بِبَعْضِ الْبَدَنِ ، وَلَا تَصِحُّ إِلَّا فِي جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَسْرِي لَا
 يَصِحُّ إِذَا خُصَّ بِهِ عُضْوٌ ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ .

(١) سورة يوسف ٦٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٧١ .

(٣-٣) سقط من : ١ .

فصل : وَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِيَدِنِ كُلِّ مَنْ يَلْزَمُ حُضُورُهُ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ بِدَيْنٍ لَا رِمَ ،
سواءً كان الدَّيْنُ مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولًا . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ^(٤) : لا تَصِحُّ بَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ
مَجْهُولٌ ؛ لَأَنَّهُ قَدْ يَتَعَذَّرُ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ ، فَيَلْزَمُهُ الدَّيْنُ ، وَلَا يُمَكِّنُ طَلَبُهُ مِنْهُ
لِجَهْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْكَفَالَةَ بِالْبَدَنِ لَا بِالْأَدْنَى ، وَالْبَدَنُ مَعْلُومٌ ، فَلَا تَبْطُلُ الْكَفَالَةُ لِاحْتِمَالِ
عَارِضٍ ، وَلَأَنَّا قَدْ تَبَيَّنَّا أَنَّ ضِمَانَ الْمَجْهُولِ يَصِحُّ ، وَهُوَ التَّزَامُ الْمَالِ ابْتِدَاءً ، فَالْكَفَالَةُ
الَّتِي لَا تَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ ابْتِدَاءً أُولَى^(٥) . وَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِالْبَصِيِّ وَالْمَجْنُونِ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ
يَجِبُ إِحْضَارُهُمَا مَجْلِسَ الْحُكْمِ لِلشَّهَادَةِ عَلَيْهِمَا بِالْإِثْلَافِ ، وَإِذْنُ^(٦) وَلِيَّهِمَا يَقُومُ
مَقَامَ إِذْنِهِمَا . وَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِدَيْنِ الْمَحْبُوسِ وَالْغَائِبِ . وقال أبو حنيفة : لا تَصِحُّ .
وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَثِيقَةٍ صَحَّتْ مَعَ الْحُضُورِ صَحَّتْ مَعَ الْغَيْبَةِ وَالْحَبْسِ ؛ كَالرَّهْنِ
وَالضَّمَانِ ، وَلِأَنَّ الْحَبْسَ لَا يَمْنَعُ مِنَ التَّسْلِيمِ ، لَكَوْنِ الْمَحْبُوسِ يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ بِأَمْرِ
الْحَاكِمِ ، أَوْ أَمْرٍ مِنْ حَبْسِهِ ، ثُمَّ يُعِيدُهُ إِلَى الْحَبْسِ بِالْحَقِّينِ جَمِيعًا ، وَالْغَائِبُ يَمْضِي إِلَيْهِ
فِيحْضِرُهُ إِنْ كَانَتْ الْغَيْبَةُ غَيْرَ مُتَقَطِّعَةٍ ، وَهُوَ أَنْ يَعْلَمَ خَبْرَهُ ، / وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَ خَبْرَهُ ، لَزِمَهُ مَا
عَلَيْهِ : قَالَ الْقَاضِي . وقال في مَوْضِعٍ آخَرَ : لَا يَلْزَمُهُ مَا عَلَيْهِ حَتَّى تَمْضِيَ مُدَّةٌ يُمَكِّنُهُ
الرَّدُّ فِيهَا ، فَلَا يَفْعَلُ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِدَيْنِ مَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ ، سواءً كان حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، كَحَدِّ الزُّنَى
وَالسَّرْقَةِ ، أَوْ لَادِمِيٍّ ، كَحَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ
شُرَيْحٌ ، وَالْحَسَنُ . وَبِهِ قَالَ إِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَبِهِ قَالَ
الشَّافِعِيُّ فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي حُدُودِ الْآدِمِيِّ ، فَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : لَا
كَفَالَةَ فِي حُدُودِ^(٧) الْآدِمِيِّ^(٨) وَلَا لِعَانَ . وقال في مَوْضِعٍ : تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بَمَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ أَوْ

(٤) فِي م : « أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ » .

(٥) مِنْ هُنَا إِلَى آخِرِ قَوْلِهِ : « إِذْنُهُمَا » الْآتِي سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي ب : « فَاذَنْ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ . وَفِي ب : « حَدٌّ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

حَدَّثَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَادِمِي ، فَصَحَّحَتِ الْكَفَالَةُ بِهِ ، كَسَائِرِ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ » ^(٩) . وَلِأَنَّهُ حَدٌّ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ فِيهِ كَحُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ اسْتِثْنَاءٌ ، وَالْحُدُودُ مَبْنَاهَا عَلَى الْإِسْقَاطِ وَالذَّرْعِ بِالشُّبُهَاتِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِيهَا الْاسْتِثْنَاءُ ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ إِذَا تَعَذَّرَ عَلَيْهِ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِمَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، كَحَدِّ الزَّوْنِيِّ .

فصل : وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالْمُكَاتِبِ مِنْ أَجْلِ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْحُضُورَ لَا يَلْزَمُهُ .
فَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِهِ ، كَدَيْنِ الْكِتَابَةِ .

فصل : وَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ حَالَةً وَمَوْجَلَةً ، كَمَا يَصِحُّ الضَّمَانُ حَالًا وَمَوْجَلًا ، وَإِذَا أُطْلِقَ كَانَتْ حَالَةً ؛ لِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ يَدْخُلُهُ الْحُلُولُ اقْتَضَى إِطْلَاقَهُ الْحُلُولَ ، كَالثَّمَنِ وَالضَّمَانِ ، فَإِذَا تَكَفَّلَ حَالًا كَانَ لَهُ مُطَابَلَتُهُ بِإِحْضَارِهِ ، فَإِنْ أَحْضَرَهُ وَهَنَّاكَ يَدُ حَائِلَةٍ ظَالِمَةٍ لَمْ يَبْرَأْ مِنْهُ ، وَلَمْ يَلْزَمْ الْمَكْفُولُ لَهُ تَسْلِيمُهُ ^(١٠) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ لَهُ غَرَضُهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَدُ حَائِلَةٍ ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ، فَإِنْ قَبِلَهُ بَرِئَ مِنَ الْكَفَالَةِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا يَبْرَأُ حَتَّى يَقُولَ : قَدْ بَرِئْتُ إِلَيْكَ مِنْهُ . أَوْ قَدْ سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ . أَوْ قَدْ أَخْرَجْتُ نَفْسِي مِنْ كِفَالَتِهِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى عَمَلٍ ، فَبَرِئَ مِنْهُ بِالْعَمَلِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْإِجَارَةِ . فَإِنْ أَمْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ بَرِئَ ؛ لِأَنَّهُ أَحْضَرَ مَا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ ^(١١) عِنْدَ غَرِيمِهِ وَطَلَبَ مِنْهُ تَسْلِيمُهُ ^(١٢) عَلَى وَجْهِ لَا ضَرَرَ فِي / قَبْضِهِ ، فَبَرِئَ مِنْهُ ^(١٣) كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ^(١٤) . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : إِذَا أَمْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، أَشْهَدَ عَلَى أَمْتِنَاعِهِ رَجُلَيْنِ ، وَبَرِئَ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا وَقَعَ

١٢٩/٤ و

(٩) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في الكفالة بيد من عليه حق ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٧٧ / ٦ .

(١٠) في ١ : « تسليمه » .

(١١-١٢) سقط من : ١ .

(١٢-١٣) في ١ : « كالمسلم منه » .

العقد على فعله ، فبرئ منه . وقال القاضي : يرفعهُ إلى الحاكم فيسلمهُ إليه ؛ فإن لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله . والأول أصح ؛ فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه ، كحاكم أو غيره . وإن كانت الكفالة مؤجلة ، لم يلزمه^(١٣) إحضاره قبل الأجل ، كالذين المؤجل ، فإذا حل الأجل فأخضره وسلمه برئ . وإن كان غائباً أو مرتدّاً لحق بدار الحرب ، لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته . وقال ابن شبرمة : يحبس في الحال ؛ لأن الحق قد توجه عليه . ولنا ، أن الحق يُعتبر في وجوب أدائه إمام التسلیم . وإن كان حالاً كالذين ، فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره ، أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره ، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه ، أخذ بما عليه . وقال أصحاب الشافعي : إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه ، لم يطالب الكفيل بإحضاره ، ولم يلزمه شيء ، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه حبس . وقد دللنا على^(١٤) وجوب الغرم فيما مضى . وإن أخضر المكفول به قبل الأجل ، ولا ضرر في تسليمه ، لزمه . وإن كان فيه ضرر ، مثل أن تكون حجة الغريم غائبة ، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم ، أو الذين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه ، أو قد وعدّه بالإنظار في تلك المدة ، لم يلزمه قبوله ، كما نقول في من دفع الدين المؤجل قبل حلوله .

فصل : وإذا عيّن في الكفالة تسليمه في مكان ، فأخضره في غيره ، لم يبرأ من الكفالة . وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال القاضي : إن أخضره بمكان آخر من البلد وسلمه ، برئ من الكفالة . وقال بعض أصحابنا : متى أخضره في أي مكان كان ، وفي ذلك الموضع سلطان ، برئ من الكفالة ؛ لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ، ويمكن إثبات الحجة فيه . وقيل : إن كان عليه ضرر بإحضاره بمكان آخر ، ١٢٩/٤ ظ لم يبرأ الكفيل بإحضاره فيه ، وإلا برئ ، كقولنا فيما إذا أخضره / قبل الأجل .

(١٣) في ١ ، ب ، م : « يلزم » .

(١٤) في الأصل : « في » .

ولأصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا . ولنا ، أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره ، فلم يترأ ، كما لو أحضر المسلم فيه في غير هذا^(١٥) الموضع الذي شرطه ، ولأنه قد سلم^(١٦) في موضع لا يقدر على إثبات الحجة فيه ، لعينية شهوده ، أو غير ذلك ، وقد يهرب منه ، ولا يقدر على إمساكه ، ويفارق ما إذا أحضره قبل الأجل ، فإنه عجل الحق قبل أجله ، فزاده غيراً ، فإذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله . وإن وقعت الكفالة مطلقاً ، وجب تسليمه في مكان العقد ، كالسلم . فإن سلمه في غيره ، فهو كتسليمه في غير المكان الذي عيّن . وإن كان المكفول به محبوساً عند غير الحاكم ، لم يلزمه تسليمه^(١٧) محبوساً ؛ لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه . وإن كان محبوساً عند الحاكم ، فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليمه^(١٨) ؛ لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه . وإذا طالب الحاكم بإحضاره ، أحضره مجلسه ، وحكم بينهما ، ثم يرده إلى الحبس . فإن توجه عليه حق للمكفول له ، حبسه بالحق الأول وحق^(١٩) المكفول له^(٢٠) .

فصل : وإن كفّل إلى أجل مجهول ، لم تصح الكفالة . وبهذا قال الشافعي ؛ لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه ، وهكذا الضمان . وإن جعله إلى الحصاد والجزار والعطاء ، خرّج على الوجهين ، كالأجل في البيع^(٢١) . والأولى صحتها^(٢٢) هنا ؛ لأنه تبرّع من غير عوض ، جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه ، فصح ،

(١٥) سقط من : ١ ، ب .

(١٦) في ب : « تسلمه » .

(١٧) في ب : « تسلمه » .

(١٨) في الأصل : « تسلمه » .

(١٩) في م : « أو حق » .

(٢٠) في ب : « به » .

(٢١) في الأصل : « المبيع » .

(٢٢) في ب : « صحتها » .

كالنذر . وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة . وقد روى مهنا عن أحمد ، في رجل كفّل رجلاً^(٢٣) ، فقال : إن جئت به في وقت كذا ، وإلا فما عليه علي . فقال : لا أدرى ، ولكن إن قال : ساعة كذا . لزمه . فنصّ على تعيين الساعة وتوقف عن^(٢٤) تعيين الوقت ، ولعله أراد وقتاً متسعاً ، أو وقت شيء يحدث ، مثل وقت الحصاد ونحوه . فأما إن قال : وقت طلوع الشمس ، ونحو ذلك ، صح . وإن قال : إلى الغد أو إلى شهر كذا . تعلق بأوله ، على ما ذكرنا في السليم .

فصل : وإذا تكفّل برجل إلى أجل ، إن جاء به فيه ، وإلا لزمه ما عليه ، صح . وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف : وقال محمد بن الحسن والشافعي : لا تصح الكفالة ، ولا يلزمه ما عليه ؛ / لأنّ هذا تعليق الضمان بخطر ، فلم يصح ، كما لو علّقه بقدم زيد . ولنا ، أنّ هذا موجب الكفالة ومقتضاها ، فصح اشتراطه ، كما لو قال : إن جئت به في وقت كذا ، وإلا فلنك حبسي . ومبني الخلاف ههنا على الخلاف في أنّ هذا مقتضى الكفالة ، وقد دللنا عليه . وأما إن قال : إن جئت به في^(٢٥) وقت كذا ، وإلا فأنا كفيل ببدن فلان ، أو فأنا ضامن لك مالك على فلان . أو قال : إذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه . أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان . أو قال : أنا كفيل بفلان شهراً . فقال القاضي : لا تصح الكفالة . وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن ؛ لأنّ ذلك خطر ، فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به ، كمجيء المطر وهبوب الريح ، ولأنّه إثبات حق لا دمي معين ، فلم يجز تعليقه على شرط ، ولا توقيته ، كالهبة . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : تصح ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأنّه أضاف الضمان إلى سبب الوجود ، فيجب أن يصح ، كضمان الدرك . والأوّل

(٢٣) في م زيادة : « آخر » .

(٢٤) في الأصل : « على » .

(٢٥) سقط من : الأصل ، م .

(٢٦) سقط من : م .

أَقِيسُ . فَإِنْ قَالَ : كَفَلْتُ بِفُلَانٍ إِنْ جِئْتُ بِهِ فِي وَقْتٍ كَذَا . وَإِلَّا فَأَنَا كَفِيلُ فُلَانٍ ، أَوْ ضَامِنُ الْمَالِ الَّذِي عَلَى فُلَانٍ . لَمْ يَصِحَّ فِيهِمَا عِنْدَ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ مُؤَقَّتٌ ، وَالثَّانِي مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَصِحُّ فِيهِمَا . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : كَفَلْتُ بِأَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . لَمْ يَصِحَّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ فِي الْحَالِ وَلَا فِي الْمَالِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : كَفَلْتُ بِبَدَنِ فُلَانٍ ، عَلَى أَنْ يُبْرَأَ فُلَانُ الْكَفِيلِ . أَوْ عَلَى أَنْ تُبْرِئَهُ مِنَ الْكَفَالَةِ ؛ لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ شَرْطًا لَا يَلْزَمُ الْوَفَاءَ بِهِ ، فَيَكُونُ فَاسِدًا وَتَفْسُدُ الْكَفَالَةُ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ تَحْوِيلِ الْوَثِيقَةِ الَّتِي عَلَى الْكَفِيلِ إِلَيْهِ ^(٢٧) . فَعَلَى هَذَا لَا تَلْزَمُهُ الْكَفَالَةُ ، إِلَّا أَنْ يُبْرَأَ الْمَكْفُولُ لَهُ الْكَفِيلُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا كَفَلَ بِهَذَا الشَّرْطِ ، فَلَا تُبَيِّنُ كَفَالَتَهُ بِدُونِ شَرْطِهِ . وَإِنْ قَالَ : كَفَلْتُ لَكَ بِهَذَا الْعَرِيمِ ، عَلَى أَنْ تُبْرِئَنِي مِنَ الْكَفَالَةِ بِفُلَانٍ . أَوْ ضَمَنْتُ لَكَ هَذَا الدَّيْنَ ، بِشَرْطِ أَنْ تُبْرِئَنِي مِنْ ضَمَانِ الدَّيْنِ الْآخَرِ ، أَوْ عَلَى أَنْ تُبْرِئَنِي مِنَ الْكَفَالَةِ بِفُلَانٍ . خُرِّجَ فِيهِ الْوَجْهَانِ ، وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فَسَخَ عَقْدٌ فِي عَقْدٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ فَسَخِ بَيْعٍ آخَرَ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَرْطَ فِي الْكَفَالَةِ أَوْ الضَّمَانِ أَنْ يَتَكَفَّلَ الْمَكْفُولُ لَهُ / أَوْ الْمَكْفُولُ بِهِ بِآخَرَ ، أَوْ يَضْمَنَ دَيْنًا عَلَيْهِ ، أَوْ يَبِيعَهُ شَيْئًا عَيْنُهُ ، أَوْ يُوجِرَهُ دَارَهُ ، لَمْ يَكُنْ ^(٢٨) يَصِحُّ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا .

فصل : وَلَوْ تَكَفَّلَ اثْنَانِ بَوَاحِدٍ ، صَحَّ . وَأَيُّهُمَا قَضَى الدَّيْنَ بَرَأَ الْآخَرَ ^(٢٩) ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي الضَّمَانِ . وَإِنْ سَلَّمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ ، بَرَأَ كَفِيلَاهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْنَى بِمَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَيْنِ لِأَجَلِهِ ^(٣٠) ، وَهُوَ إِحْضَارُ نَفْسِهِ ، فَبَرِئَتْ ذِمَّتُهُمَا ، كَمَا لَوْ قَضَى الدَّيْنَ . وَإِنْ أَحْضَرَ أَحَدَ الْكَفِيلَيْنِ ، لَمْ يُبْرَأَ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ إِحْدَى الْوَثِيقَتَيْنِ انْحَلَّتْ مِنْ غَيْرِ اسْتِيفَاءٍ ، فَلَمْ تَنْحَلْ الْأُخْرَى ، كَمَا لَوْ أُبْرَأَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ انْفَلَّتْ أَحَدُ الرِّهْنَيْنِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءِ الْحَقِّ .

(٢٧) فِي ب : « بِهِ » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ أ : .

(٢٩) فِي أ : « الْآخَرُ » .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ م : .

وَفَاقَى مَا إِذَا سَلَّمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ لَهَا ، فَإِذَا بَرَّيَ الْأَصْلُ مِمَّا تَكْفَّلَ بِهِ عَنْهُ ، بَرَّيَ فَرَعَاهُ ، وَكُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَفِيلَيْنِ لَيْسَ بِفَرَعٍ لِلْآخَرِ ، فَلَمْ يَبْرَأْ بِبَرَاءَتِهِ . وَلِذَلِكَ لَوْ أَبْرَأَ^(٣١) الْمَكْفُولُ بِهِ بَرَّيَ^(٣٢) كَفِيلَاهُ . وَلَوْ أَبْرَأَ أَحَدُ الْكَفِيلَيْنِ بَرَّيَ وَحْدَهُ ، دُونَ صَاحِبِهِ .

فصل : وَلَوْ تَكْفَّلَ^(٣٣) وَاحِدٌ لِأُتَيْنِ ، فَأَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا ، أَوْ أَخْضَرَهُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا ، لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ الْأُتَيْنِ بِمَنْزِلَةِ الْعَقْدَيْنِ ، فَقَدْ التَّزَمَ إِخْضَارَهُ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِذَا أَخْضَرَهُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا^(٣٤) ، بَرَّيَ مِنْهُ ، وَبَقِيَ حَقُّ الْآخَرِ^(٣٥) ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي عَقْدَيْنِ ، وَكَمَا لَوْ ضَمِنَ دَيْنَا لِرَجُلَيْنِ ، فَوَفَّى أَحَدُهُمَا حَقَّهُ .

فصل : وَتَفْتَقِرُ صِحَّةُ الْكَفَالَةِ إِلَى رِضَى الْكَفِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ الْحَقُّ ابْتِدَاءً إِلَّا^(٣٦) بِرِضَاهُ ، وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَى الْمَكْفُولِ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا وَثِيقَةٌ لَهُ لَا قَبْضَ فِيهَا ، فَصَحَّتْ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، كَالشَّهَادَةِ ، وَلِأَنَّهَا التَّزَامُ حَقٌّ لَهُ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ رِضَاهُ فِيهَا ، كَالنَّذْرِ ، فَأَمَّا رِضَى الْمَكْفُولِ لَهُ فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُعْتَبَرُ ، كَالضَّمَانِ . وَالثَّانِي ، يُعْتَبَرُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهَا إِخْضَارَهُ ، فَإِذَا^(٣٧) تَكْفَّلَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَلْزِمَهُ الْحُضُورُ مَعَهُ ، وَلِأَنَّهُ يَجْعَلُ لِنَفْسِهِ حَقًّا عَلَيْهِ ، وَهُوَ الْحُضُورُ مَعَهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَمَا لَوْ أَلْزَمَهُ الدَّيْنُ ، وَفَارَقَ الضَّمَّانَ ، فَإِنَّ الضَّامِنَ يَقْضِي الْحَقَّ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَعَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ ، مَتَى كَانَتِ الْكَفَالَةُ بِإِذْنِهِ ، فَأَرَادَ الْكَفِيلُ إِخْضَارَهُ ، لَزِمَهُ الْحُضُورُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ شَعَلَ ذِمَّتُهُ مِنْ أَجْلِهِ بِإِذْنِهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ تَحْلِيلُهَا ،

(٣١) فِي أ ، ب ، م : « أَبْرَأَ » .

(٣٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٣) فِي ب : « كَفَّلَ » .

(٣٤) فِي م : « وَاحِدٌ » .

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « لآخر » .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٣٧) فِي م : « وَإِنْ » .

كما لو استعار عبده فرهته بإذنه ، كان عليه تخليصه إذا طلبه سيده . وإن كانت الكفالة
بغير إذنه نظرنا ؛ فإن طلبه المكفول له منه ، لزمه أن يحضر معه ؛ لأن حضوره حق
للمكفول له ، وقد استتاب الكفيل في / طلبه . وإن لم يطلبه المكفول له ، لم يلزمه أن
يحضر معه ؛ لأنه لم يشغل ذمته ، وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه ، فلم يجز أن
يثبت له بذلك حق على غيره . وإن قال المكفول له : أحضر كفيلك . كان توكيلاً في
إحضاره ، ولزمه أن يحضر معه ، كما لو وكل أجنبياً . وإن قال : أخرج من كفالتك .
احتمل أن يكون توكيلاً في إحضاره ، كاللفظ الأول ، ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين
الذي عليه ، فلا يكون توكيلاً ، فلا يلزمه الحضور معه .

فصل : وإذا قال رجل لآخر : اضمن عن فلان . أو اكفل بفلان . ففعل ، كان
الضمان والكفالة لازمين للمباشير دون الأمر ؛ لأنه كفّل^(٣٨) باختيار نفسه ، وإنما
الأمر إرشاد وحث على فعل خير ، فلا يلزمه به شيء .

٨٢٦ - مسألة ؛ قال : (فإن مات ، برئ المتكفل)

وجملته أنه إذا مات المكفول به ، سقطت الكفالة ، ولم يلزم الكفيل شيء . وبهذا قال
شريح ، والشعبي ، وحماد بن أبي سليمان ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وقال الحكم ،
ومالك ، والليث : يجب على الكفيل غرم ما عليه . وحكى ذلك عن ابن شريح ؛ لأن
الكفيل وثيقة بحق^(١) ، فإذا تعدرت من جهة من عليه الدين ، استوفى من الوثيقة
كالرهن ، ولأنه تعدر إحضاره ، فلزم كفيله^(٢) ما عليه ، كما لو غاب . ولنا ، أن الحضور
سقط عن المكفول به ، فبرئ الكفيل ، كما لو برئ من الدين ، ولأن ما التزمه من أجله
سقط عن الأصل ، فبرئ الفرع ، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين ، أو أبرئ

(٣٨) في الأصل ، ب : « كفيل » .

(١) في الأصل : « بحقه » .

(٢) في الأصل : « الكفيل » .

منه ، وفَارَقَ ما إذا غَابَ ، ^(٣) فَإِنَّ الْحُضُورَ ^(٣) لم يُسْقِطْ عنه ، وَيُفَارِقُ الرَّهْنَ ؛ فَإِنَّهُ عُلِقَ بِهِ الْمَالُ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ .

فصل : إذا قال الْكَفِيلُ : قد بَرِئَ الْمَكْفُولُ بِهِ مِنَ الدَّيْنِ ، وَسَقَطَتِ الْكَفَالَةُ . أو قال : لم يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ حِينَ كَفَلْتُهُ . فَأُتِيَ الْمَكْفُولُ لَهُ ، فَاَلْقَا قَوْلَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ صِحَّةُ الْكَفَالَةِ وَبَقَاءُ الدَّيْنِ ، وَعَلَيْهِ الْيَمِينُ ، فَإِنْ نَكَلَ ، قُضِيَ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُسْتَحْلَفَ فِيمَا إِذَا ادَّعَى الْكَفِيلُ أَنَّهُ تَكْفَّلَ بِمَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ مُكَذِّبٌ لِنَفْسِهِ فِيمَا ^(٤) ادَّعَاهُ ، فَإِنْ مَنْ كَفَّلَ بِشَخْصٍ مُعْتَرِفٍ بِدَيْنِهِ فِي الظَّاهِرِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ مَا ادَّعَاهُ مُحْتَمِلٌ .

فصل : وإذا قال الْمَكْفُولُ لَهُ / لِلْكَفِيلِ : أُبْرَأْتُكَ مِنَ الْكَفَالَةِ . بَرِئَ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُ ، ^{ظ ١٣١/٤} فَيَسْقُطُ بِإِسْقَاطِهِ ، كَالدَّيْنِ ^(٥) . وَإِنْ قَالَ : قد بَرِئْتُ إِلَى مِنْهُ . أو قد رَدَدْتُهُ إِلَيَّ . بَرِئَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ بِوَفَاءِ الْحَقِّ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ فِي الضَّمَانِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ ^(٦) : بَرِئْتُ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي كَفَلْتُ بِهِ . وَبَرِئْتُ الْكَفِيلَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ دُونَ الْمَكْفُولِ بِهِ . وَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا بِقَبْضِ الْحَقِّ . وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَقِيلَ : يَكُونُ ^(٧) إِقْرَارًا فِيمَا يَقْتَضِي الْحَقُّ ^(٧) إِقْرَارَهُ ، فِيمَا إِذَا قَالَ : بَرِئْتُ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي كَفَلْتُ بِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ بَرَاءَتَهُ بَدُونَ قَبْضِ الْحَقِّ ، بِإِبْرَاءِ الْمُسْتَحَقِّ ، أَوْ مَوْتِ الْمَكْفُولِ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ لِلْمَكْفُولِ بِهِ : أُبْرَأْتُكَ عَمَّا لِي قَبْلَكَ مِنَ الْحَقِّ . أَوْ بَرِئْتُ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي قَبْلَكَ . فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنَ الْحَقِّ ، وَتَرْوُلُ الْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَفْظٌ يَقْتَضِي الْعُمُومَ فِي كُلِّ مَا قَبْلَهُ . وَإِنْ قَالَ : بَرِئْتُ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي كَفَّلَ بِهِ فُلَانٌ . بَرِئَ ، وَبَرِئَ كَفِيلُهُ .

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤) في ب زيادة : « إذا » .

(٥) في الأصل ، ا ، م : « الدين » .

(٦) في ب زيادة : « له » .

(٧-٧) سقط من : ا ، م .

فصل : وإذا كان لِذِمِّي عَلَى ذِمِّي خَمْرٌ ، فَكَفَلَ بِهِ ذِمِّي آخَرُ ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْمَكْفُولُ لَهُ أَوِ الْمَكْفُولُ عَنْهُ ، بَرِئَ الْكَفِيلُ وَالْمَكْفُولُ عَنْهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا أَسْلَمَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ ، لَمْ يَبْرَأْ أَحَدٌ مِنْهُمَا ، وَيَلْزَمُهُمَا قِيمَةُ الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ وَاجِبًا ، وَلَمْ يُوجَدْ إِسْقَاطٌ وَلَا اسْتِيفَاءٌ ، وَلَا وَجَدَ مِنَ الْمَكْفُولِ لَهُ مَا يُسْقِطُ حَقَّهُ ، فَبَقِيَ بِحَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ مُسْلِمٌ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْخَمْرُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مُسْلِمًا قَبْلَ الْكَفَالَةِ . وَإِذَا بَرِئَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، بَرِئَ كَفِيلُهُ . كَمَا لَوْ أَدَّى الدَّيْنُ أَوْ أُبْرِئَ^(٨) مِنْهُ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أَسْلَمَ الْمَكْفُولُ لَهُ ، بَرِئًا جَمِيعًا ، فَكَذَلِكَ^(٩) إِذَا أَسْلَمَ الْمَكْفُولُ بِهِ . وَإِنْ أَسْلَمَ الْكَفِيلُ وَحْدَهُ ، بَرِئَ مِنَ الْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَجُوبُ الْخَمْرِ عَلَيْهِ وَهُوَ مُسْلِمٌ .

فصل : فإذا قال : أُعْطِ فُلَانًا الْقَا . فَفَعَلَ^(١٠) ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْآمِرِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ^(١١) ذَلِكَ كَفَالَةً ، وَلَا ضَمَانًا ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : أُعْطِهِ عَنِّي .^(١٢) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ خَلِيطًا لَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنْ يَسْتَقْرِضَ مِنْ خَلِيطِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَقُلْ : أُعْطِهِ عَنِّي^(١٣) . فَلَمْ يَلْزَمْهُ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ خَلِيطًا . وَلَا يَلْزَمُ إِذَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَالٌ ، فَقَالَ : أُعْطِهِ فُلَانًا . حَيْثُ يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ لِأَجْلِ هَذَا الْقَوْلِ ، بَلْ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ حَقًّا يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ .

فصل : إذا كانت السَّيْفِيَّةُ فِي الْبَحْرِ ، وَفِيهَا مَتَاعٌ ، / فَخِيفَ غَرَقُهَا ، فَالْقَى بَعْضُ مَنْ فِيهَا مَتَاعَهُ فِي الْبَحْرِ لِيَتَخَفَّ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ، سِوَاءِ الْقَاهِ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ أَوْ مُتَبَرِّعًا ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ نَفْسِهِ بِاخْتِيَارِهِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ . فَإِنْ قَالَ لَهُ بَعْضُهُمْ : الْقَى مَتَاعَكَ . فَالْقَاهُ فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا^(١٤) يُكْرِهُهُ عَلَى الْقَائِهِ ، وَلَا ضَمِنَ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : الْقَاهُ ،

(٨) فِي أ ، م : « أُبْرِئَهُ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « وَكَذَلِكَ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٢-١٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٤) فِي ب : « لَمْ » .

وَعَلَى ضَمَانِهِ . فَأَلْقَاهُ ، فَعَلِيَ الْقَائِلُ ضَمَانَهُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرِ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ مَا لَمْ يَجِبْ صَحِيحٌ . وَإِنْ قَالَ : أَلْقَاهُ ، وَأَنَا وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضُمْنَا لَهُ . فَفَعَلَ . فَقَالَ أَبُو بَكْرِ : يَضْمُنُهُ ^(١٤) الْقَائِلُ وَحْدَهُ ، إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعَ بِقِيَّتِهِمْ . قَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ ضَمَانُ اشْتِرَاكِ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا ضَمَانُ حِصَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ الْجَمِيعَ ، إِنَّمَا ضَمِنَ ^(١٥) حِصَّتَهُ ، وَأُخْبِرَ عَنْ ^(١٦) سَائِرِ رُكْبَانِ السَّفِينَةِ بِضَمَانِ سَائِرِهِ ، فَلَزِمَتْهُ حِصَّتُهُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي حَقِّ الْبَاقِينَ ، وَإِنْ كَانَ ضَمَانُ اشْتِرَاكِ وَانْفِرَادٍ ، بَأَنْ يَقُولَ : كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا ضَامِنٌ لَكَ مَتَاعَكَ أَوْ قِيَمَتَهُ . لَزِمَ الْقَائِلُ ضَمَانَ الْجَمِيعِ ، وَسَوَاءٌ قَالَ هَذَا وَالْبَاقُونَ يَسْمَعُونَ فَسَكَتُوا ، أَوْ قَالُوا : لَا نَفْعَلُ . أَوْ لَمْ يَسْمَعُوا ؛ لِأَنَّ سُكُوتَهُمْ لَا يُلْزِمُهُمْ بِهِ حَقٌّ .

فصل : قَالَ مُهَنَّأٌ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ ، عَنْ رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفٌ دِرْهَمٍ ، فَأَقَامَ بِهَا كَفِيلَيْنِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ ، فَأَيُّهُمَا شَاءَ أَخَذَهُ بِحَقِّهِ ، فَأَحَالَ رَبُّ الْمَالِ عَلَيْهِ رَجُلًا بِحَقِّهِ ؟ فَقَالَ : يَبْرَأُ الْكَفِيلَانِ . قُلْتُ : فَإِنْ مَاتَ الَّذِي أَحَالَهُ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئًا ؟ قَالَ : لَا شَيْءَ لَهُ ، وَيَذْهَبُ الْأَلْفُ .

(١٤) فِي ب : « ضَمِنَهُ » .

(١٥) فِي ب : « يَضْمَنُ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

كِتَابُ الشِّرْكََةِ

الشِّرْكََةُ : هِيَ الْاجْتِمَاعُ فِي اسْتِحْقَاقِ أَوْ تَصَرُّفٍ . وَهِيَ ثَابِتَةٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾ ^(١) . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ ﴾ ^(٢) . وَالْخُلَطَاءُ هُمُ الشُّرَكَاءُ . وَمِنَ السُّنَّةِ ، مَا رَوَى أَنَّ الْبَرَاءَ بْنَ عَازِبٍ وَزَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ كَانَا شَرِيكَيْنِ ، فَاشْتَرَيَا فِضَّةً بِنَقْدِ نَسِيفَةٍ ، فَبَلَغَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَأَمَرَهُمَا أَنْ مَا كَانَ بِنَقْدٍ فَأَجِيزُوهُ ، وَمَا كَانَ نَسِيفَةً فَرُدُّوهُ ^(٣) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « يَقُولُ اللَّهُ : أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا » / . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، ١٣٢/٤ ط أَنَّهُ قَالَ : « يَدُ اللَّهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوُنَا » ^(٥) . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ الشِّرْكََةِ فِي الْجُمْلَةِ ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي أَنْوَاعٍ مِنْهَا تُبَيِّنُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

وَالشِّرْكََةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : شِرْكََةُ أُمْلَاكٍ ، وَشِرْكََةُ عُقُودٍ . وَهَذَا الْبَابُ لِشِرْكََةِ الْعُقُودِ . وَهِيَ أَنْوَاعٌ خَمْسَةٌ ؛ شِرْكََةُ الْعِنَانِ ، وَالْأُبْدَانِ ، وَالْوُجُوهِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالْمُفَاوِضَةِ . وَلَا يَصِحُّ شَيْءٌ مِنْهَا إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ فَلَمْ يَصِحَّ مِنْ غَيْرِ جَائِزِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : قال أحمد : يُشَارِكُ الْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ ، وَلَكِنْ لَا يَخْلُو الْيَهُودِيُّ

(١) سورة النساء ١٢ .

(٢) سورة ص ٢٤ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٣٧١ .

(٤) في : باب في الشركة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٢٩ .

(٥) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٣٥ .

والتَّصْرَانِيُّ بِالْمَالِ دُونَهُ ، وَيَكُونُ^(٦) هُوَ الَّذِي يَلِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْمَلُ بِالرَّبَا . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ وَالثَّوْرِيُّ . وَكَرِهَ لِشَافِعِيِّ مُشَارَكَتَهُمْ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ رَوَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : أَكْرَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُسْلِمُ الْيَهُودِيَّ . وَلَا يُعْرَفُ لَهُ مُخَالَفٌ^(٧) فِي الصَّحَابَةِ^(٨) ، وَلَأنَّ مَالَ الْيَهُودِيِّ وَالتَّصْرَانِيِّ لَيْسَ بِطَيِّبٍ ، فَإِنَّهُمْ يَبِيعُونَ الْخَمْرَ ، وَيَتَعَامَلُونَ بِالرَّبَا ، فَكَرِهَتْ مُعَامَلَتُهُمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْحَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ عَطَاءٍ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ مُشَارَكَةِ الْيَهُودِيِّ وَالتَّصْرَانِيِّ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشِّرَاءُ وَالْبَيْعُ بِيَدِ الْمُسْلِمِ^(٩) . وَلَأنَّ الْعِلَّةَ فِي كَرَاهِيَةِ مَا خَلَوْا بِهِ ، مُعَامَلَتُهُمْ بِالرَّبَا ، وَبَيْعُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ ، وَهَذَا مُتَّفِقٌ فِيهِمَا حَضَرَهُ الْمُسْلِمُ أَوْ وَلِيَهُ . وَقَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ مَحْمُولٌ عَلَى هَذَا ، فَإِنَّهُ عَلَّلَ بِكَوْنِهِمْ يُرْبُونَ . كَذَلِكَ رَوَاهُ الْأَثَرُ ، عَنْ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا تُشَارِكَنَّ يَهُودِيًّا وَلَا نَصْرَانِيًّا وَلَا مَجُوسِيًّا ؛ لِأَنَّهُمْ يُرْبُونَ ، وَأَنَّ الرِّبَا لَا يَحِلُّ^(١٠) . وَهُوَ قَوْلٌ وَاحِدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ لَمْ يَثْبُتَ انْتِشَارُهُ بَيْنَهُمْ ، وَهُمْ لَا يَحْتَجُّونَ بِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ أَمْوَالُهُمْ غَيْرُ طَيِّبَةٍ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَدْ عَامَلَهُمْ ، وَرَهَنَ دِرْعَهُ عِنْدَ يَهُودِيٍّ عَلَى شَعِيرٍ أَخَذَهُ لِأَهْلِهِ^(١١) ، وَأَرْسَلَ إِلَى آخَرٍ يَطْلُبُ مِنْهُ ثَوْبَيْنِ إِلَى الْمَيْسَرَةِ^(١٢) ، وَأَضَافَهُ يَهُودِيٌّ بِخَبْزٍ وَإِهَالَةٍ سَنَحَةٍ^(١٣) . وَلَا يَأْكُلُ النَّبِيُّ ﷺ مَا لَيْسَ بِطَيِّبٍ ، وَمَا بَاعُوهُ مِنَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ قَبْلَ مُشَارَكَةِ الْمُسْلِمِ ، فَتَمَنُّهُ حَلَالٌ ، لِإِعْتِقَادِهِمْ حِلَّهُ ، وَهَذَا قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَلَوْ هُمْ يَبِيعُهَا وَخَذُوا أَثْمَانَهَا . فَأَمَّا مَا يَشْتَرِيهِ أَوْ يَبِيعُهُ مِنَ الْخَمْرِ بِمَالِ الشَّرِكَةِ / أَوْ

(٦) سقطت واو العطف من : الأصل ، ا ، ب .

(٧-٧) سقط من : ا .

(٨) وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفا ، في : باب مشاركة اليهودي والنصراني ، من كتاب البيوع . المصنف ٦ / ٩ .

(٩) وأخرجه البيهقي ، في : باب كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥ / ٣٣٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب مشاركة اليهودي والنصراني ، من كتاب البيوع . المصنف ٦ / ٨ .

(١٠) تقدم التخریج في : ٦ / ٣٧٥ .

(١١) إهالة سنخة : آلية متغيرة الراححة من طول المكث .

وتقدم التخریج في : ٦ / ٣٧٥ .

المُضَارَبَةِ ، فَإِنَّهُ يَقَعُ فَاسِدًا ، وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَكِيلِ يَقَعُ لِلْمُوكِّلِ ، وَالْمُسْلِمُ لَا يُثْبِتُ مِلْكَهُ عَلَى الْحَمْرِ وَالْخَنِزِيرِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى بِهِ مَيْتَةً ، أَوْ عَامَلَ بِالرِّبَا ، وَمَا خَفِيَ أَمْرُهُ فَلَمْ يُعْلَمْ ، فَلَا أَصْلَ لِإِبَاحَتِهِ وَحِلِّهِ . فَأَمَّا الْمَجُوسِيُّ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ كَرِهَ مُشَارَكَتَهُ وَمُعَامَلَتَهُ ، قَالَ : مَا أَحَبُّ مُحَالَطَتَهُ وَمُعَامَلَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِلُّ مَا لَا يَسْتَحِلُّ هَذَا . قَالَ حَنْتَلُ : قَالَ عُمَى : لَا تُشَارِكْهُ وَلَا تُضَارِبْهُ . وَهَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ عَلَى سَبِيلِ الْاسْتِحْبَابِ ، لِتَرْكِ مُعَامَلَتِهِ وَالْكِرَاهَةِ لِمُشَارَكَتِهِ ، وَإِنْ فَعَلَ صَحَّ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ صَحِيحٌ .

٨٢٧ - مسألة ؛ قال : (وَشَرِكَةُ الْأَبْدَانِ جَائِزَةٌ)

مَعْنَى شَرِكَةِ الْأَبْدَانِ ، أَنْ يَشْتَرِكَ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ فِيمَا يَكْتَسِبُونَهُ بِأَيْدِيهِمْ ، كَالصَّنَاعِ يَشْتَرِكُونَ عَلَى أَنْ يَعْمَلُوا فِي صِنَاعَتِهِمْ ^(١) ، فَمَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى فَهُوَ بَيْنَهُمْ . وَإِنْ اشْتَرَكُوا فِيمَا يَكْتَسِبُونَ مِنَ الْمُبَاجِ ، كَالْحَطَبِ ، وَالْحَشِيشِ ، وَالثَّمَارِ الْمَأْخُودَةِ مِنَ الْجِبَالِ ، وَالْمَعَادِنِ ، وَالتَّلَصُّصِ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ ، فَهَذَا جَائِزٌ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِكَ الْقَوْمُ بِأَبْدَانِهِمْ ، وَلَيْسَ لَهُمْ مَالٌ ، مِثْلَ الصَّيَادِينَ وَالتَّقَالِينِ وَالْحَمَالِينَ . قَدْ أَشْرَكَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَ عَمَّارٍ وَسَعْدِ بْنِ مَسْعُودٍ ، فَجَاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ ، وَلَمْ يَجِئَا بِشَيْءٍ ^(٢) . وَفَسَّرَ أَحْمَدُ صِفَةَ الشَّرِكَةِ فِي الْعِنِيمَةِ ، فَقَالَ : يَشْتَرِكَانِ فِيمَا يُصَيِّبَانِ مِنْ سَلْبِ الْمَقْتُولِ ؛ لِأَنَّ الْقَاتِلَ يَخْتَصُّ بِهِ دُونَ الْعَانِمِينَ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ فِي الصَّنَاعَةِ ، وَلَا يَصِحُّ فِي اكْتِسَابِ الْمُبَاجِ ، كَالْاِحْتِشَاشِ وَالْاِغْتِنَامِ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ مُفْتَضَاهَا الْوَكَالَةُ وَلَا تَصِحُّ الْوَكَالَةُ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ ؛ لِأَنَّ مِنْ أَخَذَهَا مَلَكَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ كُلُّهَا فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّهَا شَرِكَةٌ عَلَى غَيْرِ مَالٍ . فَلَمْ تَصِحَّ . كَمَا لَوْ اخْتَلَفَتِ الصَّنَاعَاتُ ^(٣) . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٤) وَالْأَثَرُ يُسْنَدُهُمَا ، عَنْ أَبِي عُيَيْدَةَ ^(٥) ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : اشْتَرَكْنَا أَنَا وَسَعْدٌ

(١) فِي م : « صِنَاعَتِهِمْ » .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى غَيْرِ رَأْسِ مَالٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢ / ٢٣٠ .

وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الشَّرِكَةِ بِغَيْرِ مَالٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَجْتَبَى ٧ / ٢٨٠ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الصَّنَاعَتَانِ » .

(٤) فِي ١ ، ب ، م زِيَادَةٌ : « بَنَ عَبْدِ اللَّهِ » ، وَهُوَ تَصْحِيفٌ « عَنْ عَبْدِ اللَّهِ » الْآتِي .

وَعَمَّارٌ يَوْمَ بَدْرٍ ، فلم أَجِئْ أنا وَعَمَّارٌ بشيءٍ ، وجاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ . ومثلُ هذا لا يَخْفَى على رسولِ الله ﷺ ، وقد أَقْرَهُم عليه ، وقالَ أَحْمَدُ : أَشْرَكَ بَيْنَهُم النَّبِيُّ ﷺ . فإن قيل : ١٣٣/٤ ظ فالْمَغَانِمُ مُشْتَرَكَةٌ / بينَ الْعَانِمِينَ بِحُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى ، فكيفَ يَصِحُّ اخْتِصَاصُ هَؤُلَاءِ بِالشَّرِكَةِ فِيهَا ؟ وقالَ بعضُ الشَّافِعِيِّينَ : غَنَائِمُ بَدْرٍ كانتَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وكانَ لَهُ أنْ يَدْفَعَهَا إلى مَنْ شَاءَ . فَيَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ فَعَلَ ذَلِكَ هَذَا . قُلْنَا : أَمَّا الْأَوَّلُ ، فَالْجَوَابُ عَنْهُ أنْ غَنَائِمُ بَدْرٍ كانتَ لِمَنْ أَخَذَهَا مِنْ قَبْلِ أنْ يُشْرِكَ اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَهُمْ ، ولهذا نُقِلَ أنْ النَّبِيُّ ﷺ قالَ : « مَنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ » ^(٥) . فكانَ ذَلِكَ مِنْ قَبْلِ الْمُبَاحَاتِ ؛ مِنْ سَبَقَ إلى أَخِذَ شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ . وَيَجُوزُ أنْ يَكُونَ شَرَكٌ بَيْنَهُمْ فِيمَا يُصَيَّبُونَهُ مِنَ الْأَسْلَابِ وَالتَّقْلِ ، إِلَّا أنْ الْأَوَّلُ أَصَحُّ لِقَوْلِهِ : جاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ ، ولم أَجِئْ أنا وَعَمَّارٌ بشيءٍ . وأمَّا الثَّانِي ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِنَّمَا جَعَلَ الْعِيمَةَ لِلنَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ بَعْدَ أنْ غَنِمُوا وَاخْتَلَفُوا فِي الْعَنَائِمِ ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ ^(٦) . وَالشَّرِكَةُ كانتَ قَبْلَ ذَلِكَ . وَبَدُلْ على صِحَّةِ هَذَا ، أَنَّهَا لو كانتَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ لم يَحُلْ ؛ إِمَّا أنْ يَكُونَ قد أَبَاحَهُمْ أَخْذَهَا ، فَصَارَتْ كَالْمُبَاحَاتِ ، أو لم يُبَحِّها لَهُمْ ، فكيفَ يَشْتَرِكُونَ في شَيْءٍ لغيرِهِمْ ؟ . وفي هَذَا الْحَبَرِ حُجَّةٌ على أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا في مُبَاحٍ ، وفيما لَيْسَ بِصِنَاعَةٍ ، وَهُوَ يَمْنَعُ ذَلِكَ ، وَلأنَّ الْعَمَلَ أَخَذَ جِهَتِي الْمُضَارَبَةِ ، فَصَحَّتِ الشَّرِكَةُ عَلَيْهِ كَالْمَالِ ، وعلى أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُمَا اشْتَرَكَا في مَكْسَبِ مُبَاحٍ فَصَحَّ ، كَالوَاشْتِرَاكِ في الْخِيطَاةِ وَالْقِصَارَةِ ، وَلأنَّ سَلْمَ أنْ الْوَكَالَةَ لَا تَصِحُّ في الْمُبَاحَاتِ ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ أنْ يَسْتَنْبِ بِ فِي تَحْصِيلِهَا بِأَجْرَةٍ ، فَكَذَلِكَ يَصِحُّ بِغَيْرِ عَوَضٍ إِذَا تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بِذَلِكَ ، كَالتَّوَكُّلِ فِي بَيْعِ مَالِهِ .

فصل : وَتَصِحُّ شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ مع اتِّفَاقِ الصَّنَائِعِ . فَأَمَّا مع اخْتِلَافِهَا ، فَقَالَ

(٥) انظر : السيرة النبوية ، لابن هشام ١ / ٦٤١ ، ٦٤٢ .

(٦) سورة الأنفال ١ .

أبو الخطاب : لا تصح . وهو قول مالك ؛ لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ، ويلزم صاحبه ، ويطالب به كل واحد منهما ، فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما ، لم يمكن الآخر^(٧) أن يقوم به ، فكيف يلزمه عمله ! أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه ! وقال القاضي : تصح الشركة ؛ لأنهما اشتركا في مكسب مباح ، فصح^(٨) ، كما لو اتفقت الصنائع / ، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أخذ في الآخر ، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ، ولم يمنع ذلك صحتها ، فكذلك إذا اختلفت الصناعتان . وقولهم : يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه . قال القاضي : يحتمل أن لا يلزمه ذلك ؛ لأنهما كالو كئلين ؛ بدليل صحتهما في المباح ، ولا ضمان فيها . وإن قلنا : يلزمه . أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة ، أو بمن يتبرع له بعمله . ويدل على صحة هذا ، أنه لو قال أحدهما : أنا أتقبل وأنت تعمل . صحّت الشركة ، وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه .

فصل : وإذا قال أحدهما : أنا أتقبل ، وأنت تعمل ، والأجرة بينى وبينك . صحّت الشركة . وقال زفر : لا تصح ، ولا يستحق العامل المسمى ، وإنما له أجرة المثل . ولنا ، أن الضمان يستحق به الربح ،^(٩) بدليل شركة الأبدان ، وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ، ويستحق به الربح^(٩) ، فصار كتقيله المال^(١٠) في المضاربة ، والعمل يستحق به العامل الربح ، كعمل المضارب ، فينزل بمنزلة المضاربة .

فصل : والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه ، من مساواة أو تفاضل ؛ لأن العمل يستحق به الربح ، ويجوز تفاضلهما في العمل ، فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ، ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة ، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد

(٧) في ب : « للآخر » .

(٨) سقط من : ١ .

(٩-٩) سقط من : ب .

(١٠) في الأصل : « بالمال » .

منهما ، وإلى أيهما دفعها برئ منها . وإن تَلَفَتْ في يَدِ أَحَدِهِمَا من غير تَفْرِيطٍ ، فهي من ضَمَانِهِمَا معاً ؛ لأنَّهما كالوَكِيلَيْنِ في المَطَالَبَةِ ، وما يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ منهما من الأَعْمَالِ فهو من ضَمَانِهِمَا ، يُطَالَبُ به كُلُّ وَاحِدٍ منهما ، ويلزُمه عَمَلُهُ ؛ لأنَّ هذه الشَّرِكَةَ لا تَتَعَقَّدُ إِلَّا على الضَّمانِ ، ولا شيءَ فيها تَتَعَقَّدُ عليه الشَّرِكَةُ حالَ الضَّمانِ ، فكأنَّ الشَّرِكَةَ تَضَمَّنَتْ ضَمَانَ كُلِّ وَاحِدٍ منهما عن الآخرِ ما يلزُمه . وقال القاضي : يَحْتَمِلُ أن لا يلزَمَ أَحَدُهُمَا ما لَزِمَ الآخرَ ؛ لما ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وما يَتَلَفُ بِتَعَدْيِ أَحَدِهِمَا أو تَفْرِيطِهِ أو تحت يَدِهِ ، على وَجْهِ يُوَجِبُ الضَّمانَ عليه ، فذلك عليه وَحْدَهُ . وإن أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بما في يَدِهِ ، قُبِلَ عليه وعلى شَرِيكَهِ ؛ لأنَّ اليَدَ له ، فَيُقْبَلُ إقْرَارُهُ بما فيها ، ولا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ بما في يَدِ شَرِيكَهِ ، ولا يَدِينُ عليه ؛ لأنَّه لا يَدَ له على ذلك .

فصل : وإن عَمِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ صاحِبِهِ ، فالكَسْبُ بينهما . قال ابن عَقِيل : نَصَّ ١٣٤/٤ عليه أَحْمَدُ / ، في رواية إسحاق بن هانئ . وقد سُئِلَ عن الرَّجُلَيْنِ يَشْتَرِكَانِ في عَمَلٍ الأَبْدَانِ ، فَيَأْتِي أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ ، ولا يَأْتِي الآخرُ بِشَيْءٍ ؟ قال : نعم ، هذا بِمَنْزِلَةِ حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ مَسْعُودٍ . يعني حيث اشْتَرَكُوا ، فَجَاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ وَأَخْفَقَ الآخَرَانِ^(١١) . ولأنَّ العَمَلَ مَضْمُونٌ عليهما معاً ، وبِضْمَانِهِمَا له وَجَبَتِ الأَجْرَةُ ، فيكونُ لهما كما^(١٢) كان الضَّمانُ عليهما ، ويكونُ العَامِلُ عَوْنًا لصاحِبِهِ في حِصَّتِهِ . ولا يَمْنَعُ ذلك اسْتِحْقَاقَهُ ، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَقْصُرَ لَهُ ثَوْبًا ، فاسْتَعَانَ الْقَصَّارُ بِإِنْسَانٍ^(١٣) ، فَقَصَرَ معه ، كانت الأَجْرَةُ لِلْقَصَّارِ الْمُسْتَأْجِرِ . كذا هُنا . وسواء تَرَكَ العَمَلَ لِمَرَضٍ أو غيره ، فإن طَالَبَ أَحَدُهُمَا الآخرَ أن يَعمَلَ معه أو يُقِيمَ^(١٤) مُقَامَهُ من يَعمَلُ ، فله ذلك . فإن امْتَنَعَ ، فللآخرِ الفَسْخُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ متى تَرَكَ العَمَلَ من غير عُدْرِ ، أن لا يُشَارِكَ

(١١) تقدم تخرجه في صفحة ١١١ .

(١٢) في ب زيادة « لو » .

(١٣) في الأصل : « إنسانا » .

(١٤) في الأصل : « يقوم » .

صَاحِبَهُ فِي أَجْرَةِ مَا عَمِلَهُ دُونَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا شَارَكَهُ لِيَعْمَلَ جَمِيعًا ، فَإِذَا تَرَكَ أَحَدُهُمَا الْعَمَلَ ، فَمَا وَفَى بِمَا شَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ مَا جُعِلَ لَهُ فِي مُقَابَلَتِهِ . وَإِنَّمَا احْتَمَلَ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا ^(١٥) تَرَكَ أَحَدُهُمَا الْعَمَلَ ^(١٥) لِعُذْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَكَ رَجُلَانِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَائِبَةٌ ، عَلَى أَنْ يُؤْجِرَاهُمَا ، فَمَا رَزَقَهُمَا اللَّهُ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، صَحَّ . فَإِذَا تَقَبَّلَا حَمْلَ شَيْءٍ مَعْلُومٍ إِلَى مَكَانٍ مَعْلُومٍ فِي ذِمَّتِهِمَا ، ثُمَّ حَمَلَاهُ عَلَى الْبَهِيمَيْنِ أَوْ غَيْرِهِمَا ، صَحَّ ، وَالْأَجْرَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ؛ لِأَنَّ تَقَبُّلَهُمَا الْحَمْلَ أَثْبَتَ الضَّمَانَ فِي ذِمَّتِهِمَا ، وَلَهُمَا أَنْ يَحْمِلَاهُ بِأَيِّ ظَهَرِ كَانَ ، وَالشَّرِكَةُ تَنْعَقِدُ عَلَى الضَّمَانِ ، كَشَّرِكَةِ الْوُجُوهِ . وَإِنْ أَجَرَاهُمَا بِأَعْيَانِهِمَا عَلَى حَمْلِ شَيْءٍ بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ ، لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَجْرٌ دَائِبَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ ^(١٦) ضَمَانُ الْحَمْلِ فِي ذِمَّتِهِمَا ، وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّ الْمُكْتَرَى ^(١٧) مَنَفَعَةَ الْبَهِيمَةِ الَّتِي اسْتَأْجَرَهَا ، وَلِهَذَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِمَوْتِ الدَّائِبَةِ الَّتِي اكْتَرَاهَا ، وَلِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِمَّا أَنْ تَنْعَقِدَ عَلَى الضَّمَانِ فِي ذِمَّتِهِمَا ، أَوْ عَلَى عَمَلِهِمَا . وَلَيْسَ هَذَا بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ فِي ذِمَّتِهِمَا ضَمَانٌ ، وَلَا عَمَلًا بِأَبْدَانِهِمَا مَا يَجِبُ الْأَجْرُ فِي مُقَابَلَتِهِ ، وَلِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَنْتَضِمُ الْوَكَالَةَ ، وَالْوَكَالَةُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لَا تَصِحُّ ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ : آجِرُهُ عَبْدُكَ ، وَتَكُونُ أَجْرُهُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ . لَمْ تَصِحَّ . كَمَا لَوْ قَالَ : بَعِ عَبْدُكَ وَثَمَنُهُ بَيْنَنَا . لَمْ يَصِحَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَكَ / فِيمَا يَكْتَسِبَانِ مِنَ الْمُبَاجِ بِأَبْدَانِهِمَا . فَإِنْ أَعَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فِي ^(١٣٥/٤) التَّحْمِيلِ ^(١٨) وَالتَّقِيلِ ، كَانَ لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهَا مَنَافِعٌ وَقَافَا بِشِبْهِهِ عَقْدٍ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِقَصَّارٍ أَدَاةٌ ، وَلَا خَرَ بَيْتٌ ، فَاشْتَرَكَ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ بِأَدَاةٍ هَذَا فِي بَيْتِ هَذَا ، وَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا ، جَازَ ، وَالْأَجْرُ ^(١٩) عَلَى مَا شَرَطَاهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ وَقَعَتْ عَلَى

(١٥-١٥) في ١ ، ب : « تركه أحدهما » .

(١٦) في م : « يجد » .

(١٧) في م : « المشتري » .

(١٨) في ب : « التحمل » .

(١٩) في م : « والأجرة » .

عَمَلِهَا ، وَالْعَمَلُ يُسْتَحَقُّ بِهِ الرَّبْحُ فِي الشَّرِكَةِ ، وَالْآلَةُ وَالْبَيْتُ لَا يُسْتَحَقُّ بِهِمَا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمَا يُسْتَعْمَلَانِ فِي الْعَمَلِ الْمُشْتَرَكِ ، فَصَارَا^(٢٠) كَالذَّائِبَتَيْنِ اللَّتَيْنِ أَجْرَاهُمَا لِحَمْلِ الشَّيْءِ الَّذِي تَقْبَلَا حَمْلَهُ . وَإِنْ فَسَدَتِ الشَّرِكَةُ ، قُسِمَ مَا حَصَلَ لَهَا عَلَى قَدَرِ أَجْرِ عَمَلِيهِمَا وَأُجِرَ الدَّارُ وَالْآلَةُ . وَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمَا آلَةٌ وَلَيْسَ لِلْآخَرِ شَيْءٌ ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا بَيْتٌ وَلَيْسَ لِلْآخَرِ شَيْءٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَعْمَلَا بِالْآلَةِ أَوْ فِي الْبَيْتِ وَالْأَجْرَةُ بَيْنَهُمَا ، جَازَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ دَفَعَ رَجُلٌ دَابَّتَهُ إِلَى آخَرَ لِيَعْمَلَ عَلَيْهَا ، وَمَا يَرْزُقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ أَوْ أَثْلَانِ أَوْ كَيْفَمَا شَرَطَا ، صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ وَمُحَمَّدِ بْنِ أَبِي حَرْبٍ وَأَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ . وَنُقِلَ عَنِ الْأَوْزَاعِيِّ مَا يَدُلُّ عَلَى هَذَا . وَكَرِهَ ذَلِكَ الْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يَصِحُّ ، وَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِرَبِّ الدَّابَّةِ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الْعَوَضُ مِنْهَا . وَلِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ مِنْ^(٢١) أَقْسَامِ الشَّرِكَةِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْمُضَارَبَةُ ، وَلَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ بِالْعُرُوضِ ، وَلِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَكُونُ بِالتَّجَارَةِ فِي الْأَعْيَانِ ، وَهَذِهِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا إِخْرَاجُهَا عَنْ مِلْكِ مَالِكِهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَصِحَّ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُضَارَبَةَ بِالْعُرُوضِ لَا تَصِحُّ ، فَعَلِيَ هَذَا إِنْ كَانَ أَجْرُ الدَّابَّةِ بَعَيْنِهَا فَلَا أَجْرَ لِمَالِكِهَا ، وَإِنْ تَقَبَّلَ حَمْلَ شَيْءٍ فَحَمَلَهُ ، أَوْ حَمَلَ عَلَيْهَا شَيْئًا مُبَاحًا فَبَاعَهُ ، فَلَا أَجْرَ وَالثَّمَنُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ أَجْرُهُ مِثْلُهَا لِمَالِكِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا عَيْنٌ تُنْمَى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا فَصَحَّ الْعَقْدُ عَلَيْهَا بِبَعْضِ ثَمَائِهَا ، كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ ، وَكَالشَّجَرِ فِي الْمُسَاقَاةِ ، وَالْأَرْضِ فِي الْمُزَارَعَةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَقْسَامِ الشَّرِكَةِ ، وَلَا هُوَ مُضَارَبَةٌ . قُلْنَا : نَعَمْ ، لَكِنَّهُ يُشَبِّهُ الْمُسَاقَاةَ وَالْمُزَارَعَةَ ، فَإِنَّهُ دَفَعَ لِعَيْنِ الْمَالِ إِلَى مَنْ يَعْمَلُ عَلَيْهَا بِبَعْضِ ثَمَائِهَا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا . وَهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنْ تَحْرِيجُهَا عَلَى الْمُضَارَبَةِ بِالْعُرُوضِ فَاسِدٌ ؛ فَإِنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا تَكُونُ بِالتَّجَارَةِ وَالتَّصَرُّفِ فِي رَقَبَةِ الْمَالِ ١٣٥/٤ ظ / ، وَهَذَا بِخِلَافِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ؛ لِيَعْمَلَ عَلَيْهَا

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « فَصَارَ هَذَا » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ ، ب : « فِي » .

يَنْصِفُ مَا يَرْزُقُهُ اللَّهُ تَعَالَى أَوْ ثُلُثَهُ ، جَازَ . وَلَا أَرَى لِهَذَا وَجْهًا ؛ فَإِنَّ الْإِجَارَةَ يُشْتَرَطُ
لِصِحَّتِهَا الْعِلْمُ بِالْعَوَضِ ، وَتَقْدِيرُ الْمُدَّةِ أَوْ الْعَمَلِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، وَلَئِنْ هَذَا عَقْدٌ غَيْرُ
مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ، فَهُوَ كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ
بِالْإِجَارَةِ الْمَعَامَلَةَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَقَدَّمَ . وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ إِلَى مَا يَدُلُّ عَلَى تَشْبِيهِهِ لِمِثْلِ هَذَا
بِالْمُزَارَعَةِ ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ بِالثُّوبِ يُدْفَعُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبْعِ ؛ لِحَدِيثِ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
أَعْطَى خَبِيرَ عَلَى الشُّطْرِ^(٢٢) . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ قَدْ صَارَ فِي هَذَا وَمِثْلِهِ إِلَى الْجَوَازِ ؛ لِشَبْهِهِ
بِالْمُسَاقَاةِ وَالْمُزَارَعَةِ ، لَا إِلَى الْمُضَارَعَةِ ، وَلَا إِلَى الْإِجَارَةِ . وَنَقَلَ أَبُو دَاوُدَ ، عَنْ أَحْمَدَ ،
فِي مَنْ يُعْطَى فَرَسَهُ عَلَى النِّصْفِ مِنَ الْغَنِيمَةِ : أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ . قَالَ إِسْحَاقُ بْنُ
إِبْرَاهِيمَ : قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : إِذَا كَانَ عَلَى النِّصْفِ وَالرُّبْعِ ، فَهُوَ جَائِزٌ . وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ .
وَنَقَلَ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ دَفَعَ عَبْدَهُ إِلَى رَجُلٍ لِيَكْسِبَ عَلَيْهِ ، وَيَكُونَ لَهُ
ثُلُثُ ذَلِكَ أَوْ رُبُعُهُ ، فَجَائِزٌ ، وَالْوَجْهُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مَسْأَلَةِ الدَّابَّةِ . وَإِنْ دَفَعَ ثَوْبَهُ إِلَى
خَبَاطٍ لِيَفْصِلَهُ فَمَصَانًا يَبِيعُهَا ، وَلَهُ نِصْفُ رِبْحِهَا بِحَقِّ عَمَلِهِ ، جَازَ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةٍ
حَرِيبٌ ، وَإِنْ دَفَعَ غَزَلًا إِلَى رَجُلٍ يَنْسِجُهُ ثَوْبًا يَثْلُثُ ثَمَنَهُ أَوْ رُبُعَهُ ، جَازَ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَلَمْ
يُجِزْ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ مَجْهُولٌ وَعَمَلٌ مَجْهُولٌ .
وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ جَوَازِهِ . وَإِنْ جَعَلَ لَهُ مَعَ ذَلِكَ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، لَمْ يُجِزْ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ
الْجَوَازُ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ، وَمَا رَوَى غَيْرُ هَذَا فَعَلِيهِ
الْمُعْتَمَدُ . قَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ : لَا بَأْسَ بِالثُّوبِ يُدْفَعُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبْعِ .
وَسُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُعْطَى الثُّوبَ بِالثُّلُثِ وَدِرْهَمٍ وَدِرْهَمَيْنِ ؟ قَالَ : أَكْرَهُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا شَيْءٌ
لَا يَعْرِفُ . وَالثُّلُثُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ شَيْءٌ تَرَاهُ جَائِزًا ؛ لِحَدِيثِ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى

(٢٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في الحرص ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٦ .

خَيْرَ عَلَى الشَّطْرِ . قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَإِنْ كَانَ النَّسَاجُ لَا يَرْضَى حَتَّى يُزَادَ عَلَى الثُّلُثِ دِرْهَمًا ؟ قَالَ : فَلْيَجْعَلْ لَهُ ثُلُثًا وَعُشْرَى ثُلُثٍ وَنِصْفَ عُشْرٍ وَمَا أَشْبَهَ . وَرَوَى الْأَثْرَمُ ،
 ١٣٦/٤ عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، وَالتَّحِيصِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَأَيُّوبَ ، وَيَعْلَى بْنِ حَكِيمٍ^(٢٣) ، أَنَّهُمْ أَجَازُوا /
 ذَلِكَ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : كَرِهَ هَذَا كُلُّهُ الْحَسَنُ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : هَذَا
 كُلُّهُ فَاسِدٌ . وَاخْتَارَهُ^(٢٤) ابْنُ الْمُنْذِرِ وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَقَالُوا : لَوْ دَفَعَ شَبَكَّتُهُ^(٢٥) إِلَى الصَّيَّادِ
 لَيَصِيدَ بِهَا السَّمَكَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ^(٢٦) ، فَالصَّيِّدُ كُلُّهُ لِلصَّيَّادِ ، وَلصَاحِبِ الشَّبَكَةِ أَجْرُ
 مِثْلِهَا . وَقِيَاسُ مَا يُقَلُّ عَنْ أَحْمَدَ صِحَّةُ الشَّرَكَةِ ، وَمَا رَزَقَ اللَّهُ^(٢٧) بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ؛
 لِأَنَّهَا عَيْنٌ تُتَمَّى بِالْعَمَلِ فِيهَا^(٢٨) ، فَصَحَّ دَفْعُهَا بَعْضُ ثَمَائِهَا ، كَالْأَرْضِ .

فصل : قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ قَفِيرِ الطَّحَّانِ^(٢٩) . وَهُوَ أَنْ يُعْطِيَ
 الطَّحَّانُ أَقْفَرَهُ مَعْلُومَةً يَطْحَنُهَا بِقَفِيرٍ دَقِيقٍ مِنْهَا . وَعِلَّةُ الْمَنْعِ أَنَّهُ جَعَلَ لَهُ بَعْضَ مَعْمُولِهِ
 أَجْرًا لِعَمَلِهِ ، فَيَصِيرُ الطَّحْنُ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ . وَهَذَا الْحَدِيثُ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَا يَثْبُتُ عِنْدَنَا
 صِحَّتُهُ ، وَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ جَوَازُهُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ عَنْهُ مِنَ الْمَسَائِلِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِرَجُلٍ دَابَّةٌ ، وَلَا خَرَ إِكَافٌ وَجُوالَقَاتٌ ، فَاشْتَرَا عَلَى أَنْ
 يُوجِرَاهُمَا وَالْأَجْرَةَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ أَعْيَانٌ لَا يَصِحُّ الْإِشْتِرَاكُ فِيهَا ،
 فَكَذَلِكَ^(٣٠) فِي مَنَافِعِهَا ، إِذْ تَقْدِيرُهُ : آجِرُ دَابَّتِكَ لَتَكُونَ أَجْرُتُهَا بَيْنَنَا ، وَأَوْجِرُ جُوالَقَاتِي

(٢٣) يعلى بن حكيم الثقفي مولاها ، المكي ، سكن البصرة ، وروى عن سعيد بن جبير وغيره ، وكان ثقة صدوقا .
 تهذيب التهذيب ١١ / ٤٠١ .
 (٢٤) في ١ ، ب : « وأجازه » .
 (٢٥) في الأصل ، م : « شبكة » .
 (٢٦) في الأصل ، ١ ، م : « نصفان » .
 (٢٧) لم ترد في : ١ ، ب ، م .
 (٢٨) في ١ : « عليها » .
 (٢٩) تقدم تخريجه في : ٦ / ١٧٠ .
 (٣٠) في الأصل ، ١ ، م : « كذلك » .

لتكون أُجْرَتُهَا بَيْنَنَا . وَتَكُونُ الْأَجْرَةُ كُلُّهَا لِصَاحِبِ الْبَهِيمَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَالُكَ الْأَصْلِ ،
وَلَا آخَرَ أُجْرٍ مِثْلِهِ عَلَى صَاحِبِ الْبَهِيمَةِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَ مِلْكِهِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ^(٣١) ، هَذَا
إِذَا أُجِرَ الدَّابَّةُ ^(٣٢) بِمَا عَلَيْهَا مِنَ الْإِكَافِ وَالْجَوَالِقَاتِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ . فَأَمَّا لَوْ أُجِرَ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا ^(٣٣) مِلْكَهُ مُنْفَرِدًا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُجْرٌ مِلْكِهِ . وَهَكَذَا لَوْ قَالَ رَجُلٌ لِصَاحِبِهِ :
أَجِرْ عَبْدِي ، وَالْأَجْرُ بَيْنَنَا . كَانَ الْأَجْرُ لِصَاحِبِهِ ، وَلَا آخَرَ أُجْرٍ مِثْلِهِ . وَكَذَلِكَ فِي جَمِيعِ
الْأَعْيَانِ .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَكَ ثَلَاثَةٌ ؛ مِنْ أَحَدِهِمْ دَابَّةٌ ، وَمِنْ آخَرَ رَاوِيَةٌ ، وَمِنْ آخَرَ ^(٣٤)
الْعَمَلُ ، عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى فَهُوَ بَيْنَهُمْ ، صَحَّ ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ ^(٣٥) نَصَّ
فِي الدَّابَّةِ يَدْفَعُهَا إِلَى آخَرَ يَعْمَلُ عَلَيْهَا ، عَلَى أَنَّ لَهَا الْأَجْرَةَ عَلَى الصَّحَّةِ . وَهَذَا مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ
دَفَعَ دَابَّتَهُ إِلَى آخَرَ يَعْمَلُ عَلَيْهَا ، وَالرَّاهِيَةُ عَيْنٌ تُنَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، فَهِيَ كَالْبَهِيمَةِ ، فَعَلَى
هَذَا يَكُونُ مَا رَزَقَ اللَّهُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا / وَكَلَا ^(٣٦)
الْعَامِلُ فِي كَسْبِ مُبَاجٍ بِآلَةٍ دَفَعَاهَا إِلَيْهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَرْضَهُ لِيَزْرَعَهَا . وَهَكَذَا لَوْ
اشْتَرَكَ أَرْبَعَةٌ مِنْ أَحَدِهِمْ دُكَّانٌ وَمِنْ آخَرَ رَحَى ، وَمِنْ آخَرَ بَعْلٌ ، وَمِنْ آخَرَ الْعَمَلُ ، عَلَى
أَنْ يَطْحَنُوا بِذَلِكَ ، فَمَا رَزَقَ ^(٣٧) اللَّهُ تَعَالَى فَهُوَ بَيْنَهُمْ ، صَحَّ ، وَكَانَ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا شَرَطُوهُ .
وَقَالَ الْقَاضِي : الْعَقْدُ فَاسِدٌ فِي الْمَسَائِلَتَيْنِ جَمِيعًا . وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا
يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُشَارَكَةً وَلَا مُضَارَكَةً ، لَكُونِهِ ^(٣٨) لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ مَالِهِمَا الْعُرُوضَ ،
وَلِأَنَّ مِنْ شُرُوطِهِمَا ^(٣٩) عَوْدَ رَأْسِ الْمَالِ سَلِيمًا ، بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا يُسْتَحَقُّ شَيْءٌ مِنَ الرِّبْحِ حَتَّى

(٣١) سقط من : الأصل ، م .

(٣٢) في الأصل : دابته .

(٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) في ب ، م : والآخرة .

(٣٥) في م زيادة : قد .

(٣٦) في ب ، م : وكلاء .

(٣٧) في أ : رزقهم .

(٣٨) في أ ، ب ، م : لكونهما .

(٣٩) في الأصل : شرطهما .

يُسْتَوْفَى رَأْسُ الْمَالِ بِكَمَالِهِ . وَالرَّأْيَةُ هُنَا تَخْلُقُ^(٤٠) وَتَقْصُ ، وَلَا إِجَارَةَ ؛ لِأَنَّهَا تَقْتَضِرُ إِلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ وَأَجْرٍ مَعْلُومٍ ، فَتَكُونُ فَاسِدَةً ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ الْأَجْرُ كُلُّهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِلْسَّقَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عَرَفَ الْمَاءُ فِي الْإِنَاءِ مَلَكُهُ ، فَإِذَا بَاعَهُ فَشَمَنَهُ لَهُ ، لِأَنَّهُ عَوَضَ مِنْ مِلْكِهِ ، وَعَلَيْهِ لِصَاحِبِيهِ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعْمَلَ مِنْ مِلْكِهِمَا بِعَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهَا ، فَكَانَ لَهَا أَجْرُ الْمِثْلِ ، كَسَائِرِ الْإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ . وَأَمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ ، فَإِنَّهُمْ إِذَا طَحَنُوا لِرَجُلٍ طَعَامًا بِأَجْرَةٍ ، نَظَرْتُ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابَهُ ، وَلَا تَوَاهُمَ ، فَلَا أَجْرَ كُلِّهِ ، وَعَلَيْهِ لِأَصْحَابِهِ أَجْرُ الْمِثْلِ ، وَإِنْ تَوَى أَصْحَابَهُ ، أَوْ ذَكَرَهُمْ^(٤١) ، كَانَ كَأَلَوْ عَقْدَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُنْفَرِدًا ، أَوْ اسْتَأْجَرَ مِنْ جَمِيعِهِمْ ، فَقَالَ : اسْتَأْجَرْتُكُمْ لِطَبْخِنَا هَذَا الطَّعَامَ بِكَذَا . فَلَا أَجْرَ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَدْ لَزِمَهُ طَبْخُ رُبْعِهِ بِرُبْعِ الْأَجْرِ ، وَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى أَصْحَابِهِ بِرُبْعِ أَجْرِ مِثْلِهِ . وَإِنْ كَانَ^(٤٢) قَالَ : اسْتَأْجَرْتُ هَذَا الدُّكَّانَ وَالْبَيْعْلَ وَالرَّحَى ، وَهَذَا الرَّجُلَ بِكَذَا وَكَذَا ،^(٤٣) لَطَبَخْنِي كَذَا وَكَذَا^(٤٤) . مِنَ الطَّعَامِ . صَحَّ ، وَالْأَجْرُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ أَجْرِ مِثْلِهِمْ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُسَمَّى بِقَدْرِ حَصَّتِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، يَكُونُ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا تَزَوَّجَ أَرْبَعًا بِمَهْرٍ وَاحِدٍ ، أَوْ كَاتَبَ أَرْبَعَةَ أَعْبِيدَ بِعَوَضٍ وَاحِدٍ . وَهَلِ^(٤٥) يَكُونُ الْعَوَضُ أَرْبَاعًا ، أَوْ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمْ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٨٢٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بِمَالٍ أَحَدِهِمَا ، أَوْ بَدَنَانِ بِمَالٍ غَيْرِهِمَا ، أَوْ بَدَنٍ وَمَالٍ ، أَوْ مَالَانِ وَبَدَنٌ صَاحِبٍ أَحَدِهِمَا ، أَوْ بَدَنَانِ بِمَالِيهِمَا ، نَسَاوَى الْمَالُ أَوْ اِخْتَلَفَ ، فَكُلُّ ذَلِكَ / جَائِزٌ)

١٣٧/٤

ذَكَرَ أَصْحَابُنَا الشَّرْكَةَ^(١) الْجَائِزَةَ أَرْبَعًا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا نَوْعًا مِنْهَا ، وَهُوَ شَرَكَةُ الْأَبْدَانِ ،

(٤٠) تَخْلُقُ : تَبْلِي .

(٤١) فِي الْأَصْلِ : « وَذَكَرَهُمْ » .

(٤٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(٤٣-٤٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤٤) فِي ١ ، ب ، م : « هَلِ » .

(١) فِي ب ، م : « لِلشَّرْكَةِ » .

وَبَقِيَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ، ذَكَرَهَا الْخِرَقِيُّ فِي خَمْسَةِ أَقْسَامٍ ، ثَلَاثَةٌ مِنْهَا الْمُضَارَبَةُ ، وَهِيَ ^(٢) إِذَا اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بِمَالٍ أَحَدُهُمَا ، أَوْ بَدَنٌ وَمَالٌ ، أَوْ مَالَانِ وَبَدَنٌ صَاحِبِ أَحَدِهِمَا . وَقِسْمٌ مِنْهَا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ ، وَهِيَ إِذَا اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بِمَالٍ غَيْرِهِمَا . وَقَالَ الْقَاضِي : مَعْنَى هَذَا الْقِسْمِ ، أَنْ يَدْفَعَ وَاحِدٌ مَالَهُ إِلَى اثْنَيْنِ مُضَارَبَةً ، فَيَكُونُ الْمُضَارِبَانِ شَرِيكَيْنِ فِي الرَّبْحِ بِمَالٍ غَيْرِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا أَخَذَا الْمَالَ بِجَاهِهِمَا فَلَا يَكُونَانِ مُشْتَرَكَيْنِ بِمَالٍ غَيْرِهِمَا ، وَهَذَا مُحْتَمَلٌ . وَالَّذِي قُلْنَا لَهُ وَجْهٌ ؛ لَكُنْهُمَا اشْتَرَكَا فِيمَا يَأْخُذَانِ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِمَا ، وَاخْتَرْنَا هَذَا التَّفْسِيرَ ؛ لِأَنَّ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ فِي هَذَا التَّقْدِيرِ يَكُونُ جَامِعًا لِأَنْوَاعِ الشَّرِكَةِ الصَّحِيحَةِ ، وَعَلَى تَفْسِيرِ الْقَاضِي يَكُونُ مُخْلًا بِنَوْعٍ مِنْهَا ، وَهِيَ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ ، وَيَكُونُ هَذَا الْمَذْكُورُ نَوْعًا مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، وَلِأَنَّ الْخِرَقِيَّ ذَكَرَ الشَّرِكَةَ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، وَهُوَ صَحِيحٌ عَلَى تَفْسِيرِنَا ، وَعَلَى تَفْسِيرِ الْقَاضِي تَكُونُ الشَّرِكَةُ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، وَهُوَ خِلَافُ ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَالْقِسْمُ الْخَامِسُ إِذَا اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بِمَالِيهِمَا ، وَهَذِهِ شَرِكَةُ الْعِنَانِ ، وَهِيَ شَرِكَةٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا . فَأَمَّا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ ، فَهِيَ أَنْ يَشْتَرَكَ اثْنَانِ فِيمَا يَشْتَرِيَانِ بِجَاهِهِمَا ، وَثِقَةُ التَّجَارِ بِهِمَا ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ لِهَمَا رَأْسُ مَالٍ ، عَلَى أَنَّ مَا اشْتَرَيَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ أَوْ أَثْلَاثًا أَوْ أَرْبَاعًا أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، وَيَبِيعَانِ ذَلِكَ ، فَمَا قَسَمَ اللَّهُ تَعَالَى فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، سَوَاءٌ عَيَّنَّ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ مَا يَشْتَرِيهِ ، أَوْ قَدَرَهُ ، أَوْ وَقْتَهُ ، أَوْ ذَكَرَ ^(٣) صِنْفَ الْمَالِ ، أَوْ لَمْ يُعَيِّنْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ ، بَلْ قَالَ : مَا اشْتَرَيْتُ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ بَيْنَنَا . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَكَا بِغَيْرِ رُغُوسٍ أَمْوَالَهُمَا ، عَلَى أَنَّ مَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ جَائِزٌ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ ، وَابْنُ الْمُثَنِّدِ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ حَتَّى يَذْكُرَ الْوَقْتَ أَوْ الْمَالَ ، أَوْ صِنْفًا مِنَ الثِّيَابِ . وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ : يُشْتَرَطُ ذِكْرُ شُرَاطِطِ الْوَكَالَةِ ؛ ^(٤) لِأَنَّ شُرَاطِطَ الْوَكَالَةِ مُعْتَبَرَةٌ فِي ذَلِكَ ، مِنْ تَعْيِينِ الْجِنْسِ وَغَيْرِهِ مِنْ شُرَاطِطِ الْوَكَالَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا اشْتَرَكَا فِي الْإِتْيَاعِ ، وَأَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ فِيهِ ،

(٢) فِي إِهَادَةِ : مَا هـ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ا ، ب .

(٤-٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

فَصَحَّ ، وكان ما يَتَّبَعَانِهِ بينهما ، كما لو ذَكَرَ شَرَايِطَ الْوَكَالَةِ . وقولهم : إِنَّ الْوَكَالََةَ لَا تَصِحُّ حَتَّى يَذْكَرَ قَدْرَ الثَّمَنِ وَالتَّنَوُّعِ . مَمْنُوعٌ عَلَى رِوَايَةِ لَنَا ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ ، فَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي الْوَكَالَةِ / الْمُفْرَدَةِ ، أَمَا الْوَكَالَةُ الدَّاحِلَةُ فِي ضِمْنِ الشَّرِكَةِ فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهَا ذَلِكَ ، بِدَلِيلِ الْمُضَارَبَةِ وَشَرِكَةِ الْعِنَانِ ، فَإِنَّ فِي ضِمْنِهِمَا^(٥) تَوْكِيلًا ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ هَذَا ، كَذَا هُنَا . فعلى هذا إذا قال لِرَجُلٍ : مَا اشْتَرَيْتَ الْيَوْمَ مِنْ شَيْءٍ ، فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ . أَوْ أَطْلَقَ الْوَقْتَ ، فَقَالَ : نَعَمْ . أَوْ قَالَ : مَا اشْتَرَيْتُ أَنَا مِنْ شَيْءٍ ، فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ . جَازَ ، وَكَانَتْ شَرِكَةُ صَحِيحَةً ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ بَيْنَهُمَا ، وَهَذَا مَعْنَى الشَّرِكَةِ ، وَيَكُونُ تَوْكِيلًا لَهُ^(٦) فِي شِرَاءِ نِصْفِ الْمَتَاعِ يَنْصِفُ الثَّمَنَ ، فَيَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ فِي مُقَابَلَةِ مِلْكِهِ الْحَاصِلِ فِي الْمَبِيعِ ، سِوَاءَ تَخَصُّصِ ذَلِكَ بِنَوْعٍ مِنَ الْمَتَاعِ أَوْ أَطْلَقَ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ^(٧) : مَا اشْتَرَيْتُهُ أَوْ مَا اشْتَرَاهُ أَحَدُنَا مِنْ تِجَارَةٍ فَهُوَ بَيْنَنَا . فَهُوَ شَرِكَةُ صَحِيحَةٌ ، وَهُمَا فِي تَصَرُّفَاتِهِمَا ، وَمَا يَجِبُ لَهُمَا وَعَلَيْهِمَا ، وَفِي إِقْرَارِهِمَا ، وَخُصُومَتِهِمَا ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، بِمَنْزِلَةِ شَرِيكِي الْعِنَانِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَابْتِهَامُهُ عَزَلَ صَاحِبُهُ عَنِ التَّصَرُّفِ ، ائْتَمَزَلَ ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلُهُ . وَسُمِّيَتْ هَذِهِ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ ، لِأَنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ فِيمَا يَشْتَرِيَانِ بِجَاهِهِمَا ، وَالْجَاهُ وَالْوَجْهُ وَاحِدٌ ، يُقَالُ : فُلَانٌ وَجِيهٌ . إِذَا كَانَ ذَا جَاهٍ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ : ﴿ وَكَانَ عِنْدَ اللَّهِ وَجِيهًا ﴾^(٨) . وَفِي بَعْضِ الْأَثَارِ ، أَنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ ، قَالَ : يَا رَبِّ ، إِنْ كَانَ قَدْ خَلَقَ^(٩) جَاهِي عِنْدَكَ ، فَأَسْأَلُكَ بِحَقِّ النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ الَّذِي تَبَعْتُهُ فِي آخِرِ الزَّمَانِ . فَأَوْحَى اللَّهُ تَعَالَى إِلَيْهِ : مَا خَلَقَ جَاهُكَ عِنْدِي ، وَإِنَّكَ عِنْدِي لَوَجِيهٌ .

فصل : الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَشْتَرِكَ بَدَنَانِ بِمَا لِيَهُمَا . وَهَذَا النَّوعُ الثَّلَاثُ مِنْ أَنْوَاعِ

(٥) فِي م : « ضَمْنَهَا » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٧) فِي أ ، ب : « قَالَ » .

(٨) سُورَةُ الْأَحْزَابِ ٦٩ .

(٩) خَلَقَ : بَلَى .

الشَّرِكَةُ ، وهى شَرِكَةُ الْعِنَانِ . وَمَعْنَاهَا : أَنْ يَشْتَرِكَ رَجُلَانِ بِمَا لِيَهُمَا عَلَى أَنْ يَفْعَلَا فِيهِمَا^(١٠) ، بِأَبْدَانِهِمَا ، وَالرَّيْبُ بَيْنَهُمَا . وهى جَائِزَةٌ بِالْإِجْمَاعِ . ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ فِي بَعْضِ شُرُوطِهَا ، وَاخْتَلَفَ فِي عِلَّةِ تَسْمِيَتِهَا شَرِكَةُ الْعِنَانِ ، فَقِيلَ : سُمِّيَتْ بِذَلِكَ لِأَنَّهُمَا يَتَسَاوَيَانِ فِي الْمَالِ وَالتَّصَرُّفِ ، كَالْفَارِسَيْنِ إِذَا سَوَّيَا بَيْنَ فَرَسَيْهِمَا ، وَتَسَاوَيَا فِي السَّيْرِ ، فَإِنْ عَنَانِيَهُمَا يَكُونَانِ سَوَاءً . وَقَالَ الْفَرَّاءُ : هِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ عَنَ الشَّيْءِ إِذَا عَرَضَ ، يَقَالُ : عَنَّتْ لِي حَاجَةٌ . إِذَا عَرَضَتْ ، فَسُمِّيَتْ الشَّرِكَةُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنٌّ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ صَاحِبَهُ . وَقِيلَ : هِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْمَعَانَةِ^(١١) ، وَهِيَ الْمُعَارَضَةُ ، يَقَالُ : عَانَتْ^(١٢) فَلَانًا . إِذَا عَارَضَتْهُ بِمِثْلِ مَالِهِ وَأَفْعَالِهِ . فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ مُعَارِضٌ لِصَاحِبِهِ بِمَالِهِ وَفَعَالِهِ . وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِ الْفَرَّاءِ .

فصل : / وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَجُوزُ جَعْلُ رَأْسِ الْمَالِ الدَّرَاهِمَ وَالْدَّنَانِيرَ ، فَإِنَّهُمَا^(١٣) قِيمُ الْأَمْوَالِ وَأَثْمَانُ الْبَيَاعَاتِ ، وَالنَّاسُ يَشْتَرِكُونَ بِهَا مِنْ لَدُنِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى زَمَانِنَا مِنْ غَيْرِ تَكْيِيرٍ . فَأَمَّا الْعُرُوضُ ، فَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِيهَا ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَخَرَّبَ . وَحَكَاهُ عَنْهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَكَرِهَ ذَلِكَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَيَحْيَى بْنُ أَبِي كَثِيرٍ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِمَّا أَنْ تَقَعَ عَلَى أَغْيَانِ الْعُرُوضِ أَوْ قِيمَتِهَا أَوْ أَثْمَانِهَا ، لَا يَجُوزُ وَقُوعُهَا عَلَى أَغْيَانِهَا ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي الرُّجُوعَ عِنْدَ الْمَفَاصِلَةِ بِرَأْسِ الْمَالِ أَوْ بِمِثْلِهِ ، وَهَذِهِ لَا مِثْلَ لَهَا ، فَيَرْجِعُ إِلَيْهِ ، وَقَدْ تَزِيدُ قِيمَةً جَنْسٍ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَيَسْتَوْعِبُ بِذَلِكَ جَمِيعَ الرَّيْبِ أَوْ جَمِيعَ الْمَالِ ، وَقَدْ تَنْقُصُ قِيمَتُهُ ، فَيُودَى إِلَى أَنْ يُشَارِكَهُ الْآخَرُ فِي ثَمَنِ مِلْكِهِ الَّذِي لَيْسَ بِرَيْبٍ ، وَلَا عَلَى قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّ الْقِيمَةَ غَيْرُ مُتَحَقِّقَةِ الْقَدْرِ ، فَيُفْضَى إِلَى التَّنَازُعِ ، وَقَدْ يَقُومُ الشَّيْءُ بِأَكْثَرِ مِنْ

(١٠) فِي ب : « فِيهَا » .

(١١) فِي النِّسْخِ : « الْمَعَانَةِ » .

(١٢) فِي النِّسْخِ : « عَانَتْ » .

(١٣) فِي أ ، م : « فَإِنَّهُمَا » .

قِيمَتِهِ ، ولأنَّ القِيَمَةَ قد تَزِيدُ في أَحَدِهِما قَبْلَ بَيْعِهِ ، فَيُشَارِكُهُ الْآخَرُ في الْعَيْنِ الْمَمْلُوكَةِ لَهُ ، ولا يَجُوزُ وَقُوعُهَا على أَثْمَانِهَا ؛ لِأَنَّهَا مَعْدُومَةٌ حَالِ الْعَقْدِ وَلَا يَمْلِكُ كَانِهَا ، ولأنَّه ^(١٤) إِنْ أَرَادَ ثَمَنُهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا بِهِ ، فَقَدْ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ ^(١٥) وَصَارَ لِلْبَائِعِ ، وَإِنْ أَرَادَ ثَمَنُهَا الَّذِي يَبِيعُهَا بِهِ ، فَإِنَّهَا تَصِيرُ شَرَكَةً مُعَلَّقَةً عَلَى شَرْطٍ ، وَهُوَ بَيْعُ الْأَعْيَانِ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ الشَّرَكَةَ وَالْمُضَارَبَةَ تَجُوزُ بِالْعُرُوضِ ، وَتُجْعَلُ قِيمَتُهَا وَقْتُ الْعَقْدِ رَأْسَ الْمَالِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اشْتَرَكَ فِي الْعُرُوضِ ، يُقَسَّمُ الرَّبْحُ عَلَى مَا اشْتَرَطَا . وَقَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الْمُضَارَبَةِ بِالْمَنَاعِ ؟ فَقَالَ : جَائِزٌ . فَظَاهِرُ هَذَا صِحَّةُ الشَّرَكَةِ بِهَا . اخْتَارَ هَذَا أَبُو بَكْرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى . وَبِهِ قَالَ فِي الْمُضَارَبَةِ طَاوُسٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الشَّرَكَةِ جَوَازُ تَصَرُّفِهَا فِي الْمَالَيْنِ جَمِيعًا ، وَكَوْنُ رِبْحِ الْمَالَيْنِ ^(١٦) بَيْنَهُمَا ، وَهَذَا يَخْصُلُ فِي الْعُرُوضِ كَحُصُولِهِ فِي الْأَثْمَانِ ، فَيَجِبُ أَنْ تَصِيحَّ الشَّرَكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ بِهَا ، كَالْأَثْمَانِ . وَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ الْمَفَاصِلَةِ بِقِيَمَةِ مَالِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ ، كَمَا أَنَّنَا جَعَلْنَا نَصَابَ زَكَاتِهَا قِيمَتَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ كَانَتِ الْعُرُوضُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ؛ كَالْحَبُوبِ وَالْأَذْهَانِ ، جَازَتْ الشَّرَكَةُ بِهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، أَشْبَهَتْ ^{١٣٨/٤} ظِ الثَّقُودَ ، وَيَرْجِعُ / عِنْدَ الْمَفَاصِلَةِ بِمِثْلِهَا . وَإِنْ لَمْ تُكُنْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، لَمْ يَجُزْ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الرَّجُوعُ بِمِثْلِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَوْعُ شَرَكَةٍ ، فَاسْتَوَى فِيهَا مَالُهُ مِثْلُ مِنَ الْعُرُوضِ وَمَا لَا مِثْلَ لَهُ ، كَالْمُضَارَبَةِ ، وَقَدْ سَلَّمَ أَنَّ الْمُضَارَبَةَ لَا تَجُوزُ بِشَيْءٍ مِنَ الْعُرُوضِ ، وَلِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَقْدٍ ، فَلَمْ تَصِيحَّ الشَّرَكَةُ بِهَا ، كَالَّذِي لَا مِثْلَ لَهُ .

(١٤) في ١ : « ولأنها » .

(١٥) في الأصل ، م : « مكانه » .

(١٦) في الأصل : « المال » .

فصل : والحكم في النقرة^(١٧) كالحكم في العرض ؛ لأن قيمتها تزيد وتنقص ،
فهى كالعرض . وكذلك الحكم في المغشوش من الأثمان ، قل الغش أو كثر . وهذا
قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان الغش أقل من النصف ، جاز ، وإن كثر ، لم
يجز ؛ لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول . ولنا ، أنها مغشوشة ، فأشبه ما لو
كان الغش أكثر ، ولأن قيمتها تزيد وتنقص ، أشبهت العرض . وقولهم : الاعتبار
بالغالب . ليس بصحيح ؛ فإن الفضة إذا كانت أقل ، لم يسقط حكمها في الزكاة ،
وكذلك الذهب ، اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً جداً المصلحة النقد ، كيسير الفضة في
الدينار ، مثل الحبة ونحوها ، فلا اعتبار به ؛ لأنه لا يمكن التحرز منه ، ولا يؤثر في
الربا ، ولا في غيره .

فصل : ولا تصح الشركة بالفلوس . وهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وابن القاسم
صاحب مالك . ويخرج الجواز إذا كانت نافقة ؛ فإن أحمد قال : لا أرى السلم في
الفلوس ؛ لأنه يشبه الصرف . وهذا قول محمد بن الحسن ، وأبي ثور ؛ لأنها ثمن ،
فجازت الشركة بها ، كالدراهم والدنانير . ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال ، نافقة
كانت أو غير نافقة ، بناءً على جواز الشركة بالعرض . ووجه الأول ، أنها تنفق مرة
وتكسب أخرى ، فأشبهت العرض ، فإذا قلنا بصحة الشركة بها^(١٨) ، فإنها إن كانت
نافقة كان رأس المال مثلها ، وإن كانت كاسدة ، كانت قيمتها كالعرض .

فصل : ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ، ولا جزأفا ؛ لأنه لا بد من
الرجوع به عند المفاصلة ، ولا يمكن مع الجهل والجزاف . ولا يجوز بمال غائب ، ولا
دين ؛ لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال ، وهو مقصود الشركة .

فصل : ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس ، بل يجوز أن يخرج أحدهما

(١٧) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

(١٨) في ب ، م : فيها .

و ١٣٩/٤ دَرَاهِمَ وَالْآخَرُ / دَنَائِيرَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ إِلَّا أَنْ يَتَّفِقَا فِي مَالٍ وَاحِدٍ ، بِنَاءً عَلَى أَنْ تَخْلُطَ الْمَالَتَيْنِ شَرْطٌ ، وَلَا يُمَكِّنُ إِلَّا فِي الْمَالِ الْوَاحِدِ . وَنَحْنُ لَا نَشْتَرِطُ ذَلِكَ ، وَلَأَنَّهُمَا مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ ، فَصَحَّتِ الشَّرِكَةُ فِيهِمَا ، كَالْجِنْسِ الْوَاحِدِ ، وَمَتَى تَفَاصَلَا ، رَجَعَ ^(١٩) هَذَا بِدَنَائِيرِهِ ، وَهَذَا بِدَرَاهِمِهِ ، ثُمَّ اقْتَسَمَا الْفَضْلَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : يَرْجِعُ هَذَا بِدَنَائِيرِهِ ، وَهَذَا بِدَرَاهِمِهِ . وَقَالَ : كَذَا يَقُولُ ^(٢٠) مُحَمَّدٌ وَالْحَسَنُ ، وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا أَرَادَا الْمُفَاصَلَةَ ، قَوْمًا الْمَتَاعَ بِنَقْدِ الْبَلَدِ ، وَقَوْمًا مَالِ الْآخَرِ بِهِ ، وَيَكُونُ التَّقْوِيمُ حِينَ صَرَفَا الثَّمَنَ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ شَرِكَةٌ صَحِيحَةٌ ، رَأْسُ الْمَالِ فِيهَا الْأَثْمَانُ ، فَيَكُونُ الرَّجُوعُ بِجِنْسِ رَأْسِ ^(٢١) الْمَالِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْجِنْسُ ^(٢٢) وَاحِدًا .

فصل : وَلَا يُشْتَرِطُ تَسَاوَى الْمَالَتَيْنِ فِي الْقَدْرِ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يُشْتَرِطُ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مَالَانِ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ ، فَجَازَ عَقْدُ الشَّرِكَةِ عَلَيْهِمَا ، كَمَا لَوْ تَسَاوَيَا .

فصل : وَلَا يُشْتَرِطُ اخْتِلَاطُ الْمَالَتَيْنِ ، إِذَا عَيَّنَاهُمَا وَأَخْضَرَاهُمَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ ، إِلَّا أَنَّ مَالَكًا شَرَطَ أَنْ تَكُونَ أَيْدِيهِمَا عَلَيْهِ ، بَأَنْ يَجْعَلَاهُ فِي حَاثُوتِ لِهْمَا ، أَوْ فِي يَدِ وَكَيْلِهِمَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ حَتَّى يَخْلُطَا ^(٢٣) الْمَالَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا لَمْ يَخْلُطَا هُمَا فَمَالُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتْلَفُ مِنْهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، أَوْ يَزِيدُ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، فَلَمْ تَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مِنَ الْمَكِيلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يَقْصَدُ بِهِ الرِّبْحُ ، فَلَمْ يُشْتَرِطْ فِيهِ

(١٩) فِي ب ، م : « يَرْجِعُ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « يَقُولُهُ » .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ا .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ا .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « يَخْلُطُ » .

خَلَطُ الْمَالِ ، كَالْمُضَارَبَةِ ، وَلَئِنَّهُ عَقْدٌ عَلَى التَّصَرُّفِ ، فَلَمْ يَكُنْ مِنْ شَرْطِهِ الْخَلَطُ كَالْوَكَاةِ . وَعَلَى مَالِكٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مِنْ^(٢٤) شَرْطِهِ أَنْ تَكُونَ أَيْدِيهِمَا عَلَيْهِ ، كَالْوَكَاةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَتَلَفُ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ ، أَوْ يَزِيدُ عَلَى مِلْكِ صَاحِبِهِ . مَمْنُوعٌ ، بَلْ مَا^(٢٥) يَتَلَفُ مِنْ مَالِهِمَا وَزِيَادَتُهُ لهما ؛ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ اقْتَضَتْ ثُبُوتَ الْمِلْكِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نِصْفِ مَالِ صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ تَلَفُهُ مِنْهُمَا ، وَزِيَادَتُهُ لهما^(٢٦) . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : مَتَى تَلَفَ أَحَدُ الْمَالَيْنِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ صَاحِبِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْوَضِيعَةَ وَالضَّمَانَ أَحَدُ مُوجِبِي الشَّرَكَةِ ، فَتَعَلَّقَ بِالشَّرِيكَيْنِ ، كَالرَّيْحِ ، وَكَأَنَّهُ لَوْ اخْتَلَطَا .

فصل : ومتى وَقَعَتِ الشَّرَكَةُ فَاسِدَةً ، فَإِنَّهُمَا / يَقْتَسِمَانِ الرَّيْحَ عَلَى قَدَرِ رُءُوسِ^(٢٧) ١٣٩/٤ ظ
أَمْوَالِهِمَا ، وَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِأَجْرِ عَمَلِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْمُضَارَبَةِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى يَسْقُطُ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِذَا تَلَفَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَالُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَمَيِّزًا^(٢٨) وَرَيْحُهُ مَعْلُومًا ، فَيَكُونُ لَهُ رَيْحُ مَالِهِ . وَلَوْ رَيْحٌ فِي جُزْءٍ مِنْهُ رَيْحًا مُتَمَيِّزًا وَبَاقِيَهُ مُخْتَلِطٌ ، كَانَ لَهُ مَا تَمَيَّزَ مِنْ رَيْحِ مَالِهِ ، وَلَهُ بِجِصَّتِهِ بَاقِي مَالِهِ مِنَ الرَّيْحِ . وَاخْتَارَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ أَنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِ الرَّيْحَ عَلَى مَا شَرَطَاهُ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ أَجْرَ عَمَلِهِ . وَأَجْرَاهَا مَجْرَى الصَّحِيحَةِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهَا . قَالَ : لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ : إِذَا اشْتَرَكَا فِي الْعُرُوضِ ، قُسِمَ الرَّيْحُ عَلَى مَا اشْتَرَطَاهُ . وَاحْتَجَّ بِأَنَّهُ عَقْدٌ يَصِحُّ مَعَ الْجَهَالَةِ ، فَيُثْبِتُ الْمُسَمَّى فِي فَاسِدِهِ ، كَالنِّكَاحِ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . قَالَهُ الْقَاضِي . وَكَلَامُ أَحْمَدَ مَحْمُولٌ عَلَى الرَّوَايَةِ الْآخَرَى فِي تَصْحِيحِ الْمُضَارَبَةِ بِالْعُرُوضِ ، لِأَنَّ الْأَصْلَ كَوْنُ رَيْحِ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ لِمَالِكِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاوُهُ ، وَإِنَّمَا تَرَكَ ذَلِكَ بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْعَقْدُ صَحِيحًا ، بَقِيَ الْحُكْمُ عَلَى مُقْتَضَى الْأَصْلِ ، كَمَا أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا كَانَ فَاسِدًا لَمْ

(٢٤) في ب ، م : « لمن » .

(٢٥) سقط من : الأصل ، ا .

(٢٦) في ا ، ب ، م : « لهما » .

(٢٧) في ب ، م : « رأس » .

(٢٨) في ب ، م : « مميزا » .

يُثْقَلُ بِمِلْكٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعِينَ عَنْ مَالِهِ .

فصل : وشركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة ؛ لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمنه ، وبإذنه له في التصرف وكله . ومن شرط صحتها أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف ، فإن أذن له مطلقاً في جميع التجارات ، تصرف فيها ، وإن عيّن له جنساً أو نوعاً أو بلداً ، تصرف فيه دون غيره ؛ لأنه متصرف بالإذن ، فوقف عليه ، كالوكيل . ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشتري مساومة ومراحة وتولية ومواضعة ، وكيف رأى المصلحة ؛ لأن هذا عادة التجار . وله أن يقبض المبيع والتمن ، ويقبضهما ، ويخاصم^(٢٩) في الدين ، ويطالب به ، ويحيل ، ويحتال ، ويرد بالعيب فيما وليه هو ، وفيما ولي صاحبه . وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر ؛ لأن المنافع أُجريت مجرى الأغيان ، فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالأجر لهما وعليهما ؛ لأن حقوق العقد لا تختص بالعائد .

فصل : وليس له أن يكتب الرقيق ، ولا يعتق على مال ولا غيره ، ولا يزوج الرقيق ؛ لأن الشركة تنعقد على التجارة ، وليس هذه الأنواع تجارة ، سيما تزويج العبد ، فإنه محض ضرر . وليس له أن يقرض ولا يحايي ؛ لأنه تبرع . وليس له التبرع . وليس له أن يشارك بمال الشركة ، ولا يدفعه مضاربة ؛ لأن ذلك يثبت في المال حقوقاً ، ويستحق ربحه لغيره ، وليس ذلك له . وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ، ولا مال غيره ؛ لأنه يتضمن إيجاب حقوق في المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها . ولا يأخذ بالمال سفتجة^(٣٠) ، ولا يعطى به سفتجة^(٣١) ؛ لأن في ذلك خطراً لم يؤذن فيه . وليس له أن يستدين على مال الشركة ، فإن فعل فذلك له ، وله ربحه وعليه وضيعة . قال أحمد ، في رواية صالح ، في من استدان في المال بوجه ألفا : فهو له ، وربحه له والوضيعة عليه . وقال القاضي : إذا استقرض شيئاً ، لزمهما ، وربحه لهما ؛ لأنه تمليك مال بمال ، فهو

(٢٩) في ب زيادة : ه ه .

(٣٠) السفتجة : أن يعطى مالا لآخر وللآخر مال في بلد المعطى ، فيوفيه إياه ثم ، فيستفيد أمن الطريق .

(٣١) (٣١-٣١) سقط من : الأصل ، ١ .

كالصِّرف^(٣٢) . ونَصُّ أَحْمَدَ يُخَالِفُ هذا . ولأنَّه أُدْخِلَ فِي الشَّرِكَةِ أَكْثَرَ مِمَّا رَضِيَ الشَّرِيكَ بِالمُشَارَكَةِ فِيهِ ، فلم يَجْزُ ، كما لو ضَمَّ إِلَيْهَا أَلْفًا مِنْ مَالِهِ . ويُفَارِقُ الصِّرفُ ؛ لأنَّه يَبِيعُ وَإِنْدَالُ عَيْنٍ بِعَيْنٍ ، فهو كَبَيْعِ الثِّيَابِ بِالذَّرَاهِمِ . وليس له أَنْ يُقَرَّ عَلَى مَالِ الشَّرِكَةِ ، فَإِنْ فَعَلَ لَزِمَ فِي حَقِّهِ دُونَ صَاحِبِهِ ، سواءَ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ ؛ لِأَنَّ شَرِيكَه إِنَّمَا أُذِنَ لَهُ^(٣٣) فِي التَّجَارَةِ ، وليس الإِقْرَارُ دَاخِلًا فِيهَا . وَإِنْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ فِي عَيْنٍ بَاعَهَا ، قَبْلَ إِقْرَارِهِ ، وكذلك يُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ عَلَى مُوَكَّلِهِ بِالْعَيْبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وكذلك إِنْ أَقَرَّ بِبَيْعَةِ ثَمَنِ الْمَبِيعِ^(٣٤) ، أَوْ بِجَمِيعِهِ ، أَوْ بِأَجْرِ الْمُتَنَادِي^(٣٥) أَوْ الْحَمَّالِ ، وَأَشْبَاهِ هَذَا ، يَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ تَوَابِعِ التَّجَارَةِ ، فكان له ذَلِكَ ، كَتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَأَدَائِهِ ثَمَنِهِ . وَإِنْ رُدَّتِ السَّلْعَةُ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ ، فله أَنْ يَقْبَلَهَا . وله أَنْ يُعْطَى أَرْضَ الْعَيْبِ ، أَوْ يَحْطُطَ مِنْ ثَمَنِهِ ، أَوْ يُؤَخَّرَ ثَمَنُهُ لِأَجْلِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَكُونُ أَحْظَ مِنَ الرَّدِّ ، وَإِنْ حَظَّ مِنَ الثَّمَنِ ابْتِدَاءً ، أَوْ أَسْقَطَ دَيْنًا لهما عَنْ غَرِيمِهِمَا ، لَزِمَ فِي حَقِّهِ ، وَبَطَلَ فِي حَقِّ شَرِيكَه ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، وَالتَّبَرُّعُ يَجُوزُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ دُونَ شَرِيكَه . وَإِنْ كَانَ لهما دَيْنٌ حَالٌّ ، فَأَخَّرَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ مِنَ الدَّيْنِ ، جَازَ . وبه قال أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الْمُطَالَبَةِ ، فَصَحَّ أَنْ يَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِهِ ، كَالْإِبْرَاءِ .

فصل : وهل لأَحَدِهِمَا أَنْ يَبِيعَ نِسَاءً ؟ يُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ . وَإِنْ اشْتَرَى / نِسَاءً بِنَقْدٍ عِنْدَهُ مِثْلُهُ ، أَوْ نَقْدٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، أَوْ اشْتَرَى بَشْيَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَعِنْدَهُ مِثْلُهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى بِجِنْسٍ مَا عِنْدَهُ ، فَهُوَ يُؤَدِّي مِمَّا فِي يَدَيْهِ ، فَلَا يُفْضِي إِلَى الزِّيَادَةِ فِي الشَّرِكَةِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ

(٣٢) في م : « كالصراف » .

(٣٣) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٣٤) في ب ، م : « البيع » .

(٣٥) في ا ، ب ، م : « للمنادي » .

نَقْدٌ وَلَا مِثْلِيٍّ مِنْ جِنْسٍ مَا اشْتَرَى بِهِ ، أَوْ كَانَ عِنْدَهُ عَرْضٌ فَاسْتَدَانَ عَرْضًا ، فَالْشِّرَاءُ لَهُ خَاصَّةٌ ، وَرَبْحُهُ لَهُ ، وَضَمَانُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَدَانَهُ عَلَى مَالِ الشَّرِكَةِ ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَاهُ . وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ مَتَى كَانَ عِنْدَهُ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ مَا يُمَكِّنُهُ مِنْ ^(٣٦) أَداءِ الثَّمَنِ مِنْهُ بَيْعِهِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ أَداءُ الثَّمَنِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ ، فَأَشْبَهَ مَالُوهُ كَانَ عِنْدَهُ نَقْدٌ ، وَلَأنَّ هَذَا عَادَةُ التُّجَّارِ وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يُضَيِّعَ أَوْ يُودِعَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَادَةُ التُّجَّارِ ، وَقَدْ تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَى الْإِيْدَاعِ . وَالثَّانِيَّةُ ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الشَّرِكَةِ ، وَفِيهِ غَرَرٌ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْإِيْدَاعَ يَجُوزُ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَةِ الشَّرِكَةِ ، أَشْبَهَ دَفْعَ الْمَتَاعِ إِلَى الْحَمَالِ . وَفِي التَّوَكِيلِ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى التَّوَكِيلِ . وَقِيلَ : يَجُوزُ لِلشَّرِيكِ التَّوَكِيلُ ، بِخِلَافِ التَّوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لِلتَّوَكِيلِ التَّوَكِيلُ ، لَاسْتَفَادَ بِحُكْمِ الْعَقْدِ مِثْلَ الْعَقْدِ ، وَالشَّرِيكِ يَسْتَفِيدُ بِعَقْدِ الشَّرِكَةِ مَا هُوَ أَخْصَصُ مِنْهُ وَدُونَهُ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ أَخْصَصُ مِنْ عَقْدِ الشَّرِكَةِ . فَإِنْ وَكَّلَ أَحَدُهُمَا ، مَلَكَ الْآخَرُ غَزْلَهُ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ بِالتَّوَكِيلِ ، فَكَذَلِكَ بِالْعَزْلِ . وَهَلْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَرْهَنَ بِالَّذِينَ الذِي عَلَيْهِمَا ، أَوْ يَرْتَهِنَ ^(٣٧) بِالَّذِينَ الذِي لهما ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، أَصَحُّهُمَا ، أَنَّ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاجَةِ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يُرَادُّ لِلْإِيْفَاءِ ، وَالْإِزْتِهَانُ يُرَادُّ لِلْإِسْتِيْفَاءِ ، وَهُوَ يَمْلِكُ الْإِيْفَاءَ وَالْإِسْتِيْفَاءَ ، فَمَلَكَ مَا يُرَادُّ لهما . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ خَطَرًا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ وَلَّى الْعَقْدَ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، لَكُونَ الْقَبْضُ مِنْ حُقُوقِ الْعَقْدِ ، وَحُقُوقِ الْعَقْدِ لَا تُخْتَصُّ الْعَاقِدَ ، فَكَذَلِكَ مَا يُرَادُّ لَهُ . وَهَلْ لَهُ السَّفَرُ بِالْمَالِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، نَذْكُرُهُمَا فِي الْمُضَارَبَةِ . فَأَمَّا الْإِقَالَةُ ، فَالْأَوَّلَى أَنَّهُ يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَتْ بَيْعًا فَهُوَ يَمْلِكُ الْبَيْعَ ، وَإِنْ كَانَتْ فَسْخًا فَهُوَ يَمْلِكُ الْفَسْخَ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ ، فَكَذَلِكَ يَمْلِكُ ^(٣٨) الْفَسْخَ

(٣٦) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٧) في ب ، م : « يرهن » .

(٣٨) سقط من : م .

بِالْإِقَالَةِ إِذَا كَانَ الْحَظُّ فِيهِ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَشْتَرِي مَا يَرَى أَنَّهُ قَدْ غَنِيَ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكَهَا إِذَا قُلْنَا : هِيَ / فَسَخٌ ، لِأَنَّ الْفَسْخَ لَيْسَ مِنَ التَّجَارَةِ . وَإِنْ قَالَ لَهُ : اْعْمَلْ بَرَأْيَكَ . جَازَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ مَا يَقَعُ فِي التَّجَارَةِ ، مِنَ الْإِبْضَاعِ ، وَالْمُضَارَبَةِ بِالْمَالِ^(٣٩) ، وَالْمُشَارَكَةِ بِهِ ، وَخَلْطِهِ بِمَالِهِ ، وَالسَّفَرِ بِهِ ، وَالْإِيدَاعِ ، وَالتَّبَيْعِ نِسَاءً ، وَالرَّهْنِ ، وَالْإِزْهَانِ ، وَالْإِقَالَةِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّضَ إِلَيْهِ الرَّأْيَ فِي التَّصَرُّفِ الَّذِي تَقْتَضِيهِ الشَّرَكَةُ ، فَجَازَ لَهُ كُلُّ مَا هُوَ مِنَ التَّجَارَةِ . فَأَمَّا مَا كَانَ تَمَسُّكًا^(٤٠) بغيرِ عَوَضٍ ، كَالِهَبَةِ ، وَالْحَطِيطَةِ لِغَيْرِ فَائِدَةٍ ، وَالْقَرْضِ ، وَالْعَتَقِ ، وَمُكَاتَبَةِ الرَّقِيقِ ، وَتَرْوِجِهِمْ ، وَنَحْوِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَوَّضَ إِلَيْهِ الْعَمَلُ بِرَأْيِهِ فِي التَّجَارَةِ ، وَلَيْسَ هَذَا مِنْهَا .

فصل : وَإِنْ أَخَذَ أَحَدُهُمَا مَالًا مُضَارَبَةً ، فَرَبَحَهُ لَهُ ، وَوَضِعَتْهُ عَلَيْهِ ، دُونَ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ الَّذِي اشْتَرَكَ فِيهِ . وَقَدْ قَالَ أَصْحَابُنَا فِي الْمُضَارَبَةِ : إِذَا ضَارَبَ لِرَجُلٍ آخَرَ ، رَدَّ مَا حَصَلَ مِنَ الرَّبْحِ فِي شَرَكَةِ الْأَوَّلِ ، إِذَا كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْأَوَّلِ . فَيَجِيءُ هَهُنَا مِثْلُهُ .

فصل : وَالشَّرَكَةُ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ ، تَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ ، وَجُنُونِهِ ، وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ لِلْسَّفَةِ ، وَبِالْفَسْخِ مِنْ أَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ ، فَبَطَلَتْ بِذَلِكَ ، كَالْوَكَالَةِ ، وَإِنْ عَزَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، انْعَزَلَ الْمَعْزُولُ^(٤١) ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ إِلَّا فِي قَدْرِ نَصِيبِهِ ، وَلِلْعَازِلِ التَّصَرُّفُ فِي الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْزُولَ لَمْ يَرْجَعْ عَنْ إِذْنِهِ . هَذَا إِذَا كَانَ الْمَالُ^(٤٢) نَاضًا^(٤٣) ، وَإِنْ كَانَ عَرْضًا ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ بِالْعَزْلِ ، وَلَهُ التَّصَرُّفُ حَتَّى يَنْصُ الْمَالُ ، كَالْمُضَارَبِ إِذَا عَزَلَهُ رَبُّ الْمَالِ ، وَيَتَبَغَى أَنْ يَكُونَ لَهُ التَّصَرُّفُ بِالتَّبَيْعِ دُونَ الْمُعَاوَضَةِ بِسِلْعَةٍ أُخْرَى ، أَوْ التَّصَرُّفِ بِغَيْرِ مَا يَنْصُ بِهِ

(٣٩) سقط من : الأصل .

(٤٠) سقط من : م .

(٤١) في م : « المعزل » .

(٤٢) سقط من : أ .

(٤٣) الناض : الدرهم والدينار .

المال . وذكر أبو الخطاب أنه يتعزل^(٤٤) مطلقاً . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه عقد جائز ، فأشبهه الوكالة . فعلى هذا إن اتفقا على البيع أو القسمة ، فعلاً . وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع ، أجيب طالب القسمة دون طالب البيع . فإن قيل : أليس إذا فسخ رُب المال المضاربة ، فطلب العايل البيع ، أجيب إليه ؟ فالجواب : أن حقّ العايل في الربح ، ولا يظهر الربح إلا بالبيع ، فاستحققه العايل لو قوف حصول حقه عليه^(٤٥) ، وفي مسألتنا ، ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من ١٤١/٤ ط المتاع ، فلم / يُجبر على البيع .

فصل : فإن مات أحد الشريكين ، وله وارث رشيد ، فله أن يُقيم على الشركة ، ويأذن له الشريك في التصرف . وله المطالبة بالقسمة ، فإن كان مؤلياً عليه قام وليه مقامه في ذلك ؛ لأنه^(٤٦) لا يفعل إلا ما فيه المصلحة للمؤلى عليه . فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة ، أو ببعضه ، لمعين ، فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا . وإن وصى به^(٤٧) لغير معين ، كالفقراء ، لم يجز للموصى الإذن في التصرف ؛ لأنه قد وجب دفعه إليهم ، فيعزل نصيبهم ، ويفرقه بينهم . وإن كان على الميت دين تعلق بتركته ، فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضى دينه ، فإن قضاؤه من غير مال الشركة ، فله الإثمام ، وإن قضاؤه منه ، بطلت الشركة في قدر ما قضى .

فصل : القسم الثالث ، أن يشترك بدن ومال . وهذه المضاربة ، وتسمى قراضاً أيضاً ، ومعناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما

(٤٤) في ب ، م : « يعزل » .

(٤٥) سقط من : أ .

(٤٦) في م : « إلا أنه » .

(٤٧) سقط من : الأصل .

حَسَبَ مَا يَشْتَرِطَانِهِ ، فَأَهْلُ الْعِرَاقِ يُسَمُّوْنَهُ مُضَارَبَةً ، مَا أَخُوذُ^(٤٨) مِنَ الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ ، وَهُوَ السَّفَرُ فِيهَا لِلتَّجَارَةِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَعْرَضُوا يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَنْتَعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾^(٤٩) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ ضَرْبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الرِّيحِ بِسَنِهِمْ . وَيُسَمِّيهِ أَهْلُ الْحِجَازِ الْقِرَاضَ . فَقِيلَ : هُوَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْقَطْعِ . يُقَالُ : قَرَضَ الْفَارُ الثَّوْبَ . إِذَا قَطَعَهُ . فَكَأَنَّ صَاحِبَ الْمَالِ اقْتَطَعَ مِنْ مَالِهِ قِطْعَةً وَسَلَّمَهَا إِلَى الْعَامِلِ ، وَاقْتَطَعَ لَهُ قِطْعَةً مِنَ الرِّيحِ . وَقِيلَ : اشْتِقَاقُهُ مِنَ الْمُسَاوَاةِ وَالْمُوَازَنَةِ . يُقَالُ : تَقَارَضَ الشَّاعِرَانِ . إِذَا وَازَنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْآخَرَ بِشِعْرِهِ . وَهَهُنَا مِنَ الْعَامِلِ الْعَمَلُ ، وَمِنَ الْآخَرِ الْمَالُ ، فَتَوَازَنَّا . وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى جَوَازِ الْمُضَارَبَةِ فِي الْجُمْلَةِ . ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَرَوَى عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَعْطَاهُ مَالَ يَتِيمٍ مُضَارَبَةً يَعْمَلُ بِهِ فِي الْعِرَاقِ^(٥٠) . وَرَوَى مَالِكٌ^(٥١) ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ ، عَنْ أَبِيهِ : أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ وَعُبَيْدَ اللَّهِ ابْنَيْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، خَرَجَا فِي جَيْشٍ إِلَى الْعِرَاقِ ، فَتَسَلَّفَا مِنْ أَبِي مُوسَى مَالًا ، وَابْتَاعَا بِهِ مَتَاعًا . وَقَدَمَا بِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَبَاعَاهُ ، وَرَبِحَا فِيهِ ، فَأَرَادَ عُمَرُ أَخْذَ رَأْسِ الْمَالِ وَالرِّبْحَ كُلَّهُ . فَقَالَا : لَوْ تَلَفَ كَانَ ضَمَانَهُ عَلَيْنَا ، فَلِمَ لَا يَكُونُ رِبْحُهُ / لَنَا ؟ فَقَالَ رَجُلٌ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضًا ؟ قَالَ : قَدْ جَعَلْتُهُ . وَأَخَذَ مِنْهُمَا نِصْفَ الرِّبْحِ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْقِرَاضِ . وَعَنْ مَالِكٍ^(٥٢) ، عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ عَثْمَانَ قَارَضَهُ .

(٤٨) في ١ ، ب ، م ، ١ : مَا أَخُوذُ .

(٤٩) سورة المزمل ٢٠ .

(٥٠) ذكر الزهلي ، أَنَّ الْبَيْهَقِي أَخْرَجَهُ فِي الْمَعْرِفَةِ ، مِنْ طَرِيقِ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ حَمِيدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُبَيْدِ الْأَنْصَارِيِّ . فَسَاقَ الْأَثَرُ . نَصَبَ الرَّايَةَ ٤ / ١١٤ ، ١١٥ .

(٥١) أَخْرَجَهُ فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْقِرَاضِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِرَاضِ . الْمُوطَأُ ٢ / ٦٨٧ . وَأَخْرَجَهُ أَيْضًا الدَّارِقُطْنِيُّ فِي : كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٣ / ٦٣ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْقِرَاضِ . السَّنَنِ الْكُبَرَى ٦ / ١١٠ .

(٥٢) أَخْرَجَهُ فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْقِرَاضِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِرَاضِ . الْمُوطَأُ ٢ / ٦٨٨ .

كَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْقِرَاضِ : السَّنَنِ الْكُبَرَى ٦ / ١١١ .

وعن قتادة ، عن الحسن ، أن علياً قال : إذا خالف المضارب فلا ضمان ، هما على ما شرطاً . وعن ابن مسعود ، وحكيم بن حزام ، أنهما قارضا . ولا مخالِف لهم^(٥٣) في الصحابة . فحصل إجماعاً . ولأن الناس حاجة إلى المضاربة ، فإن الدراهم والدنانير^(٥٤) لا تُنمى إلا بالتقلب^(٥٥) والتجارة ، وليس كل من يملكها يحسن التجارة ، ولا^(٥٦) كل من يحسن التجارة^(٥٧) له رأس مال ، فاحتيج إليها من الجانبين ، فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين . إذا ثبت هذا ، فإنها تُعَقَّد بلفظ المضاربة والقراض ؛ لأنهما لفظان موضوعان لها^(٥٨) أو بما يؤدي معناها^(٥٩) ؛ لأن المقصود المعنى ، فجاز بما دل عليه ، كلفظ التمليك في البيع .

فصل : وحكمها حكم شركة العنان ، في أن كل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله^(٦٠) ، وما منعه منه الشريك منعه منه المضارب ، وما اختلف فيه ثم ، فهنا مثله ، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة ، جاز أن يكون رأس مال المضاربة . وما لا يجوز ثم لا يجوز ههنا ، على ما فصلناه .

فصل : القسم الرابع ، أن يشترك مالان ويدن صاحب أحدهما . فهذا يجمع شركة ومضاربة ، وهو صحيح . فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم ، لأحدهما ألف ، وللآخر ألفان ، فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن^(٦١) يتصرف فيها على أن يكون

(٥٣) في ب ، م ، هـ : هما .

(٥٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥٥) في ب ، م ، هـ : بالتقلب .

(٥٦) في م : هـ : ولأن .

(٥٧) في م زيادة : ليس .

(٥٨) في الأصل ، ا ، هـ : هما .

(٥٩) في الأصل ، ا ، هـ : معناها .

(٦٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦١) سقط من : ب ، م .

الرَّيْبُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، صَحَّ ، وَيَكُونُ لِصَاحِبِ الْأَلْفِ ثُلُثُ الرَّيْبِ بِحَقِّ مَالِهِ ، وَالْبَاقِي وَهُوَ ثُلُثُ الرَّيْبِ بَيْنَهُمَا ، لِصَاحِبِ الْأَلْفَيْنِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلِلْعَامِلِ رُبْعُهُ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهُ نِصْفَ الرَّيْبِ ، فَجَعَلْنَاهُ سِتَّةَ أَسْهُمٍ ، مِنْهَا ثَلَاثَةٌ لِلْعَامِلِ ، حِصَّةُ مَالِهِ سَهْمَانِ ، وَسَهْمُ يَسْتَحِقُّهُ بِعَمَلِهِ فِي مَالِ شَرِيكَهِ ، وَحِصَّةُ مَالِ شَرِيكَهِ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ ، لِلْعَامِلِ سَهْمٌ وَهُوَ الرَّيْبُ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ تَجُوزُ الْمُضَارَبَةُ وَرَأْسُ الْمَالِ مُشَاعٌ ؟ قُلْنَا : إِنَّمَا تَمْنَعُ الْإِشَاعَةَ الْجَوَازَ إِذَا كَانَتْ مَعَ غَيْرِ^(٦٢) الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهَا تَمْنَعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مَعَ الْعَامِلِ ، فَإِنَّهَا لَا تَمْنَعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ، فَلَا تَمْنَعُ مِنْ صِحَّةِ الْمُضَارَبَةِ . فَإِنْ شَرَطَ لِلْعَامِلِ ثُلُثَ الرَّيْبِ فَقَطْ ، فَمَالُ^(٦٣) صَاحِبِهِ بِضَاعَةٌ فِي يَدِهِ ، وَلَيْسَتْ بِمُضَارَبَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا تَحْصُلُ إِذَا كَانَ الرَّيْبُ بَيْنَهُمَا . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : رَيْبُ مَالِكَ لَكَ ، وَرَيْبُ مَالِي لِي . فَقَبِلَ الْآخَرُ ، كَانَ إِنْضَاعًا لَا غَيْرَ . وَهَذَا كُلُّهُ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، / وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَجُوزُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى الْقِرَاضِ شَرَكَةٌ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَضُمَّ إِلَيْهِ عَقْدُ إِجَارَةٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا لَمْ يَجْعَلَا أَحَدَ الْعَقْدَيْنِ شَرْطًا لِلْآخَرِ ، فَلَمْ نَمْنَعْ مِنْ جَمْعِهِمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمَالُ مُتَمَيِّزًا .

١٤٢/٤ ط

فصل : إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفًا مُضَارَبَةً ، وَقَالَ : أَضِيفْ إِلَيْهِ أَلْفًا مِنْ عِنْدِكَ ، وَاتَّجِرْ بِهِمَا^(٦٤) ، وَالرَّيْبُ بَيْنَنَا ، لَكَ ثُلُثَاهُ ، وَلِي ثُلُثُهُ . جَازَ ؛ وَكَانَ شَرَكَةً وَقِرَاضًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ إِذَا وَقَعَتْ عَلَى الْمَالِ كَانَ الرَّيْبُ تَابِعًا لَهُ ، دُونَ الْعَمَلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي الْمَالِ ، وَانْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالْعَمَلِ ، فَجَازَ^(٦٥) أَنْ يَنْفَرِدَ بِزِيَادَةِ الرَّيْبِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الرَّيْبُ تَابِعٌ لِلْمَالِ وَخَذَهُ . مَمْنُوعٌ ، بَلْ هُوَ تَابِعٌ لَهَا ، كَمَا أَنَّهُ حَاصِلٌ بِهِمَا . فَإِنْ شَرَطَ غَيْرُ الْعَامِلِ لِنَفْسِهِ ثُلْثِي الرَّيْبِ ، لَمْ يَجُزْ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَجُوزُ ، بِنَاءً عَلَى جَوَازِ تَفَاضُلِهِمَا فِي شَرَكَةِ الْعِنَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ

(٦٢) سقط من : م .

(٦٣) في ب ، م ، : فقال .

(٦٤) في ب ، م ، : بهما .

(٦٥) في زيادة : له .

جُزْءًا مِنَ الرَّيْحِ لَا مُقَابِلَ لَهُ ، فَلَمْ^(٦٦) يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ رَيْحَ مَالِ الْعَامِلِ الْمُتَفَرِّدِ ، وَفَارَقَ شَرِكَةَ الْعَيْنَانِ ؛ لِأَنَّ فِيهَا عَمَلًا مِنْهُمَا ، فَجَازَ أَنْ يَتَفَاضَلَ فِي الرَّيْحِ لِتَفَاضُلِهِمَا فِي الْعَمَلِ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا . وَإِنْ جَعَلَ الرَّيْحَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَلَمْ يَقُولَا مُضَارَبَةً ، جَازَ ، وَكَانَ إِبْضَاعًا كَمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ قَالَا : مُضَارَبَةٌ . فَسَدَ الْعَقْدُ ؛ لِمَا سَنَدُكُرُّهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : القِسْمُ الْخَامِسُ ، أَنْ يَشْتَرِكَ بَدَنَانِ بِمَالٍ أَحَدِهِمَا . وهو أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مِنْ أَحَدِهِمَا وَالْعَمَلُ مِنْهُمَا ، مِثْلُ أَنْ يُخْرِجَ أَحَدُهُمَا أَلْفًا ، وَيَعْمَلَانِ فِيهِ مَعًا ، وَالرَّيْحُ بَيْنَهُمَا . فَهَذَا جَائِزٌ . وَنَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ . وَتَكُونُ مُضَارَبَةً ؛ لِأَنَّ غَيْرَ صَاحِبِ الْمَالِ يَسْتَحِقُّ الْمَشْرُوطَ لَهُ مِنَ الرَّيْحِ بِعَمَلِهِ فِي مَالٍ غَيْرِهِ ، وَهَذَا هُوَ حَقِيقَةُ الْمُضَارَبَةِ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ ، وَالْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : إِذَا^(٦٧) شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ رَبُّ الْمَالِ ، لَمْ يَصِحَّ . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . قَالَ : وَلَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ حَتَّى يُسَلِّمَ الْمَالُ إِلَى الْعَامِلِ ، وَيُخْلَى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَقْتَضِي تَسْلِيمَ الْمَالِ إِلَى الْمُضَارِبِ ، فَإِذَا شَرَطَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ فَلَمْ يُسَلِّمْهُ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَيُخَالِفُ مَوْضُوعَهَا . وَتَأَوَّلَ الْقَاضِي كَلَامَ أَحْمَدَ وَالْخِرَقِيِّ ، عَلَى أَنَّ رَبَّ الْمَالِ عَمِلَ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطٍ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَمَلَ أَحَدُ رُكْنَيْ الْمُضَارَبَةِ ، فَجَازَ أَنْ يَتَفَرَّدَ بِهِ أَحَدُهُمَا مَعَ وُجُودِ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْآخِرِ ، كَالْمَالِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمُضَارَبَةَ تَقْتَضِي تَسْلِيمَ الْمَالِ إِلَى الْعَامِلِ^(٦٨) . مَمْنُوعٌ ، لِإِمَّا تَقْتَضِي إِطْلَاقَ التَّصَرُّفِ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِجُزْءٍ مُشَاعٍ مِنْ رَيْحِهِ ، وَهَذَا حَاصِلٌ مَعَ اشْتِرَاكِهِمَا فِي الْعَمَلِ ، وَلِهَذَا الْوَدْفَعُ مَالَهُ إِلَى اثْنَيْنِ مُضَارَبَةً صَحَّ ، وَلَمْ يَحْصُلْ تَسْلِيمُ الْمَالِ إِلَى أَحَدِهِمَا .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ غُلَامٌ رَبُّ الْمَالِ ، صَحَّ . وَهَذَا ظَاهِرٌ / كَلَامٌ ١٤٣/٤

(٦٦) فِي م : « فَلَا » .

(٦٧) فِي ب نَهَادَةَ : « كَانَ » .

(٦٨) فِي ب : « الْمُضَارِب » .

الشَّافِعِيُّ ، وَقَوْلُ أَكْثَرِ أَصْحَابِهِ ^(٦٩) . وَمَنْعَهُ بَعْضُهُمْ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَلَامِ كَيْدُ سَيِّدِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ الْعَلَامِ مَالٌ لِسَيِّدِهِ ، فَصَحَّ ضَمُّهُ إِلَيْهِ ، كَمَا يَصِحُّ أَنْ يَضُمَّ إِلَيْهِ بِهِمَةٌ يَحْمِلُ ^(٧٠) عَلَيْهَا .

فصل : وَأَمَّا شَرِكَةُ الْمُفَاوِضَةِ فَنَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَشْتَرِكَا فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ الشَّرِكَةِ ، مِثْلُ أَنْ يَجْمَعَا بَيْنَ شَرِكَةِ الْعِنَانِ وَالْوُجُوهِ وَالْأَبْدَانِ ، فَيَصِحُّ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ نَوْعٍ مِنْهَا يَصِحُّ عَلَى انْفِرَادِهِ ، فَصَحَّ مَعَ غَيْرِهِ . وَالثَّانِي ، أَنْ يُدْخِلَا بَيْنَهُمَا فِي الشَّرِكَةِ الْإِشْتِرَاكَ فِيمَا يَحْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ مِيرَاثٍ ، أَوْ يَجِدُهُ مِنْ رِكَازٍ أَوْ لُقْطَةٍ ، وَيَلْزَمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَلْزَمُ الْآخَرَ مِنْ أَرْضٍ جَنَائِيَةٍ ، وَضَمَانٍ غَضْبٍ ، وَقِيمَةٍ مُتْلَفٍ ، وَغَرَامَةٍ الضَّمَانِ ، أَوْ كَفَالَةٍ ، فَهَذَا فَاسِدٌ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَأَجَازُهُ الثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ . وَشَرَطَ أَبُو حَنِيفَةَ لَهَا شَرْطًا ، وَهِيَ أَنْ يَكُونَا حُرَّيْنِ مُسْلِمَيْنِ ، وَأَنْ يَكُونَ مَالُهُمَا فِي الشَّرِكَةِ سَوَاءً ، وَأَنْ يُخْرِجَا جَمِيعَ مَا يَمْلِكَانِهِ مِنْ جِنْسِ الشَّرِكَةِ ، وَهُوَ الدَّرَاهِمُ وَالْدِّنَانِيرُ . وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا تَفَاوَضْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْمُفَاوِضَةَ » ^(٧١) . وَلِأَنَّهَا نَوْعُ شَرِكَةٍ يَخْتَصُّ بِاسْمٍ ، فَكَانَ فِيهَا صَحِيحٌ كَشَرِكَةِ الْعِنَانِ . وَلَنَا : أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَصِحُّ بَيْنَ الْكَافِرَيْنِ ، وَلَا بَيْنَ كَافِرٍ وَمُسْلِمٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ بَيْنَ الْمُسْلِمَيْنِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِمِثْلِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَبَيْعِ الْعَرَرِ ، وَبَيَانُ غَرَرِهِ أَنَّهُ يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مَا لَزِمَ الْآخَرَ ، وَقَدْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْقِيَامِ بِهِ ، وَقَدْ أَدْخَلَا فِيهِ الْأَكْسَابَ النَّادِرَةَ ، وَالْحَبْرَ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَا رَوَاهُ أَصْحَابُ السُّنَنِ ، ثُمَّ لَيْسَ فِيهِ مَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ هَذَا الْعَقْدَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْمُفَاوِضَةَ فِي الْحَدِيثِ وَلِهَذَا رَوَى فِيهِ : « لَا تُجَادِلُوا ، فَإِنَّ الْمُجَادَلَةَ مِنَ الشَّيْطَانِ » . وَأَمَّا الْقِيَاسُ : فَلَا يَصِحُّ . فَإِنْ اخْتَصَّاصَهَا بِاسْمٍ لَا يَقْتَضِي

(٦٩) فِي ب ، م : « الصَّحَابَةُ » .

(٧٠) فِي م : « يَعْمَلُ » .

(٧١) لَمْ نَجِدْهُ فِيمَا بَيْنَ أَيْدِينَا مِنْ كُتُبِ الْحَدِيثِ .

الصُّحَّة ، كَيْبُجِ الْمُنَابَذَةِ وَالْمَلَامَسَةِ وَسَائِرِ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ ، وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ تُصِحُّ مِنَ الْكَافِرِينَ وَالْكَافِرِ وَالْمُسْلِمِ ، بِخِلَافِ هَذَا .

٨٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَالرَّيْحُ عَلَى مَا اصْطَلَحَا عَلَيْهِ)

يعنى فى جَمِيعِ^(١) أَقْسَامِ الشَّرِكَةِ . وَلَا خِلَافَ فى ذَلِكَ فى الْمُضَارَبَةِ الْمُحَضَّةِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ثُلْثَ الرَّيْحِ ، أَوْ نِصْفَهُ ، أَوْ مَا يُجْمَعَانِ عَلَيْهِ ، بَعْدَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَعْلُومًا جُزْءًا مِنْ أَجْزَاءِ . وَلَئِنْ اسْتَحَقَّ الْمُضَارِبُ الرَّيْحَ بِعَمَلِهِ ، فَجَازَ مَا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ ، كَالْأَجْرَةِ فى الْإِجَارَةِ ، وَكَالْجُزْءِ مِنَ الثَّمَرَةِ فى الْمُسَاقَاةِ وَالْمَزَارَعَةِ . وَأَمَّا شَرِكَةُ الْعِنَانِ ، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ بَدَنَانِ بِمَالِيَهُمَا ، فَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّيْحَ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَسَاوَيَا مَعَ تَفَاضُلِهِمَا فى الْمَالِ ، وَأَنْ يَتَفَاضَلَ فِيهِ مَعَ تَسَاوِيهِمَا فى الْمَالِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ : مِنْ شَرْطِ صِحَّتِهَا كَوْنُ الرَّيْحِ وَالْحُسْرَانِ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ؛ لِأَنَّ الرَّيْحَ ط ١٤٣/٤ فى هَذِهِ / الشَّرِكَةِ تَبَعٌ لِلْمَالِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَصِحُّ عَقْدُ الشَّرِكَةِ ، وَإِطْلَاقُ الرَّيْحِ ، فَلَا يَجُوزُ تَغْيِيرُهُ بِالشَّرْطِ ، كَالْوَضِيعَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَمَلَ مِمَّا يُسْتَحَقُّ بِهِ الرَّيْحُ ، فَجَازَ أَنْ يَتَفَاضَلَ فى الرَّيْحِ مَعَ وُجُودِ الْعَمَلِ مِنْهُمَا ، كَالْمُضَارِبَيْنِ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا قَدْ يَكُونُ أَبْصَرَ بِالتَّجَارَةِ مِنَ الْآخَرِ ، وَأَقْوَى عَلَى الْعَمَلِ ، فَجَازَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِطَ زِيَادَةَ فى الرَّيْحِ فى مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ ، كَمَا يَشْتَرِطُ الرَّيْحُ فى مُقَابَلَةِ عَمَلِ الْمُضَارِبِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ هَذِهِ الشَّرِكَةَ مَعْقُودَةٌ عَلَى الْمَالِ وَالْعَمَلِ جَمِيعًا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّةٌ مِنَ الرَّيْحِ إِذَا كَانَ مُفْرَدًا^(٢) ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَا ، وَأَمَّا حَالَةُ الْإِطْلَاقِ ، فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ^(٣) بَيْنَهُمَا شَرْطُ يُقَسَّمُ الرَّيْحُ عَلَيْهِ ، وَيَتَقَدَّرُ بِهِ ، قَدَرْنَاهُ بِالْمَالِ ، لِغَدَمِ الشَّرْطِ ، فَإِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ ،^(٤) فَهُوَ الْأَصْلُ^(٥) ، فَيَصِيرُ إِلَيْهِ ، كَالْمُضَارَبَةِ يُصَارُ إِلَى الشَّرْطِ ، فَإِذَا غُدِمَ ، وَقَالَ^(٥) : الرَّيْحُ

(١) سقط من : ١ .

(٢) فى م : منفردا .

(٣) فى ب ، م : يمكن .

(٤-٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : وقال .

بَيْنَا . كان بينهما نصفين ، وفارق الوضعية ؛ فإنَّها لا تتعلَّق إلا بالمال ، بدليل المضاربة . وأما شركة الأبدان ، فهي معقودة على العمل المجرد ، وهما يتفاضلان فيه مرة ، ويتساويان^(٦) أخرى ، فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل ، كما ذكرنا في شركة العنان ، بل هذه أولى ؛ لاعتقادها على العمل المجرد . وأما شركة الوجوه ، فكلام الخرقى بعمومه يقتضى جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل . وهو قياس المذهب ؛ لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه ، فكذلك هذه ، ولأنها تنعقد على العمل وغيره ، فجاز ما اتفقا عليه ، كشركة العنان . وقال القاضى : الربح بينهما على قدر ملكيهما فى المشتري ؛ لأن الربح يستحق بالضمان ، إذ الشركة وقعت عليه خاصة ، إذ لا مال عندهما ، فيشتركان على العمل ، والضمان لا تفاضل فيه ، فلا يجوز التفاضل فى الربح . ولنا ، أنها شركة فيها عمل ، فجاز ما اتفقا عليه فى الربح ، كسائر الشركات . وقول القاضى : لا مال لهما يعملان فيه . قلنا : إنما يشتركان ليعملا فى المستقبل فيما يأخذانه^(٧) بجاههما ، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتى ، فكذا ههنا . وأما المضاربة التى فيها شركة ، وهى أن يشترك مألن وبدن صاحب أحدهما ، مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفا ، ويأذن أحدهما للآخر^(٨) فى التجارة بهما ، فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف ، جاز ؛ لأنه مضارب لصاحبه فى ألف^(٩) ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف . وإن شرطاه دون نصف الربح ، لم يجز ؛ لأن الربح يستحق بمال وعمل^(١٠) ، وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له ، فبطل شرطه . وإن جعل الربح بينهما نصفين ،

(٦) فى ب زيادة : « فيه » .

(٧) فى م : « يتخذانه » .

(٨) فى الأصل : « لصاحبه » .

(٩) فى ا : « للألف » .

(١٠) فى ا : « أو عمل » .

فليس هذا شَرَكَةً ، ولا مُضَارَبَةً ؛ لأنَّ شَرَكَةَ الْعِنَانِ تَقْتَضِي (١١) أَنْ يَشْتَرِكَا فِي الْمَالِ وَالْعَمَلِ ،
وَالْمُضَارَبَةُ تَقْتَضِي أَنْ لِلْعَامِلِ نَصِيبًا مِنَ الرَّبْحِ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ ، وَلَمْ يَجْعَلَا (١٢) لَهُ هَهُنَا
فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ شَيْئًا . وَإِنَّمَا جَعَلَا الرَّبْحَ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، وَعَمَلُهُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ
تَبَرُّعٌ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ إِنْصَاعًا ، وَهُوَ جَائِزٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ عَوَضًا عَنْ قَرْضٍ ، فَإِنْ كَانَ
الْعَامِلُ اقْتَرَضَ الْآلِفَ أَوْ بَعْضَهَا مِنْ صَاحِبِهِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ عَمَلُهُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ
عَوَضًا عَنْ قَرْضِهِ ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ . وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَكَ بَدَنَانِ بِمَالٍ أَحَدُهُمَا ، مِثْلُ أَنْ يُخْرِجَ
أَحَدُهُمَا آلِفًا وَيَعْمَلَانِ جَمِيعًا فِيهِ ، فَإِنَّ لِلْعَامِلِ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ؛
لَأَنَّهُ مُضَارِبٌ مُحَضَّرٌ ، فَأَشْبَهَ مَالُوهُ لَمْ يَعْمَلْ مَعَهُ رَبُّ الْمَالِ ، فَحَصَلَ مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الرَّبْحَ
بَيْنَهُمَا عَلَى مَا اصْطَلَحَا عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ الشَّرَكَةِ ، سِوَاءِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْمُضَارَبَةِ الَّتِي فِيهَا
شَرَكَةٌ عَلَى مَا شَرَحْنَا .

فصل : وَمِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْمُضَارَبَةِ تَقْدِيرُ نَصِيبِ الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ
بِالشَّرْطِ ، فَلَمْ يُقَدَّرْ إِلَّا بِهِ . وَلَوْ قَالَ : خُذْ هَذَا الْمَالَ مُضَارَبَةً . وَلَمْ يُسَمَّ لِلْعَامِلِ شَيْئًا مِنَ
الرَّبْحِ ، فَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَالْوَضِيعَةُ عَلَيْهِ ، وَلِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ .
وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَقَالَ
الْحَسَنُ ، وَأَبْنُ سِيرِينَ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ : الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ (١٣) ، لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ : وَالرَّبْحُ
بَيْنَنَا . لَكَانَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُضَارِبَ إِنَّمَا
يَسْتَحِقُّ بِالشَّرْطِ ، وَلَمْ يَوْجَدْ . وَقَوْلُهُ : مُضَارَبَةً . اقْتَضَى أَنَّ لَهُ جُزْءًا مِنَ الرَّبْحِ مَجْهُولًا ،
فَلَمْ تَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ (١٤) ، كَمَا لَوْ قَالَ : وَلَكَ جُزْءٌ مِنَ الرَّبْحِ . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : وَالرَّبْحُ بَيْنَنَا .
فَإِنَّ الْمُضَارَبَةَ تَصِحُّ ، وَيَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَيْهِمَا إِضَافَةً وَاحِدَةً ، لَمْ يَتَرَجَّعْ

(١١) فِي ب ، م : « تَقْضَى » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَجْعَلُ » .

(١٣) كَذَا عَلَى تَقْدِيرِ : يَقْسِمُ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ .

(١٤) فِي م زِيَادَةٌ : « بِهِ » .

ففيها أحدهما على الآخر ، فاقْتَصَى التَّسْوِيَةَ ، كما لو قال : هذه الدَّارُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ . وإن قَدَّرَ نَصِيبَ الْعَامِلِ ، فقال : وَلَكَ ثُلُثُ الرَّبْعِ ، أو رُبْعُهُ ، أو جُزْءٌ مَعْلُومٌ ، أَى جُزْءٍ كَانَ . فالْباقِي لِرَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الرَّبْعَ بِمَالِهِ ، لَكُونِهِ نَمَاءً وَفَرَعُهُ ، وَالْعَامِلُ يَأْخُذُ بِالشَّرْطِ ، فَمَا شَرَطَ لَهُ ^(١٥) اسْتَحَقَّهُ ، وَمَا بَقِيَ فَلِرَبِّ الْمَالِ بِحُكْمِ الْأَصْلِ . وَإِنْ قَدَّرَ نَصِيبَ رَبِّ ^(١٦) الْمَالِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : وَلِي ثُلُثُ الرَّبْعِ . وَلَمْ يَذْكُرْ نَصِيبَ الْعَامِلِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِالشَّرْطِ ، وَلَمْ يُشَرِّطْ لَهُ شَيْءٌ ، فَتَكُونُ الْمُضَارَبَةُ فَاسِدَةً . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، وَيَكُونُ الْباقِي لِلْعَامِلِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الرَّبْعَ لهما لَا يَسْتَحِقُّهُ غَيْرُهُمَا ، فَإِذَا قَدَّرَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مِنْهُ فَالْباقِي لِلْآخَرِ مِنْ مَفْهُومِ اللَّفْظِ ، كَمَا عَلِمَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتُهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ ^(١٧) . وَلَمْ يَذْكُرْ نَصِيبَ الْأَبِ ، فَعُلِمَ أَنَّ الْباقِي لَهُ . وَلِأَنَّهُ لَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ بِهِذِهِ الْمَائَةِ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو . وَنَصِيبُ زَيْدٍ مِنْهَا ثَلَاثُونَ ، كَانَ الْباقِي لِعَمْرٍو . كَذَا هُنَا . وَإِنْ قَالَ : لِي النِّصْفُ وَلَكَ الثُّلُثُ . وَسَكَتَ عَنِ السُّدُسِ ، صَحَّ . وَكَانَ / لِرَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْ جَمِيعِ الْباقِي بَعْدَ جُزْءِ الْعَامِلِ كَانَ لِرَبِّ الْمَالِ ؛ فَكَذَلِكَ إِذَا ذَكَرَ بَعْضَهُ وَتَرَكَ بَعْضَهُ . وَإِنْ قَالَ : خُذْهُ مُضَارَبَةً عَلَى الثُّلُثِ أَوْ النِّصْفِ . أَوْ قَالَ : بِالْثُّلُثِ أَوْ الرَّبْعِ . صَحَّ ، وَكَانَ تَقْدِيرُ النَّصِيبِ لِلْعَامِلِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ يُرَادُّ لِأَجْلِهِ ، فَإِنْ رَبَّ الْمَالِ يَسْتَحِقُّ بِمَالِهِ لَا بِالشَّرْطِ ، وَالْعَامِلُ يَسْتَحِقُّ بِالْعَمَلِ ، وَالْعَمَلُ يَكْثُرُ وَيَقِلُّ ، وَإِنَّمَا تَقْدَرُ حِصَّتُهُ بِالشَّرْطِ ، فَكَانَ الشَّرْطُ لَهُ ، وَمَتَى شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا شَيْئًا ، وَاخْتَلَفَا فِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ لِمَنْ هُوَ ؟ فَهُوَ لِلْعَامِلِ ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : خُذْهُ مُضَارَبَةً ، وَلَكَ ثُلُثُ الرَّبْعِ ، وَثُلُثُ مَا بَقِيَ . صَحَّ ، وَكَانَ لَهُ خَمْسَةُ أَتْسَاعٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَعْنَاهُ . وَإِنْ قَالَ : لَكَ ثُلُثُ الرَّبْعِ ، وَرُبْعُ مَا بَقِيَ . فَهُوَ

ط ١٤٤/٤

(١٥) سقط من : ١ .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) سورة النساء ١١ .

النَّصْفُ . وإن قال : لك رُبْعُ الرِّبْحِ ، ورُبْعُ ما بَقِيَ ، فله ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ وَنِصْفُ ثَمَرٍ .
وسواءَ عَرَفَا الحِسَابَ أو جَهَلَاهُ ؛ لأنَّ ذلك أَجْزَاءُ مَعْلُومَةٌ مُعَدَّرَةٌ ، فَأَشْبَهَ مالو شَرْطَ
الْخُمْسَيْنِ . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ في هذا الفَصْلِ كُلُّهُ كَمَذْهَبِنَا .

فصل : وإن قال : خُذْهُ مُضَارَبَةً ، وَلِكَ جُزْءٌ مِنَ الرِّبْحِ ، أو شَرِكَةً فِي الرِّبْحِ ، أو
شَيْءٌ مِنَ الرِّبْحِ ، أو نَصِيبٌ أو حَظٌّ . لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ ، ولا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ إِلَّا
عَلَى قَدَرٍ مَعْلُومٍ . وإن قال : خُذْهُ ، وَلِكَ مِثْلُ ما شَرِطَ لِغُلَّانٍ . وهما يَعْلَمَانِ ذلك .
صَحَّ ؛ لِأَنَّهُمَا أَشَارَا إِلَى مَعْلُومٍ عِنْدَهُمَا . وإن كانَا لا يَعْلَمَانِهِ ، أو لا يَعْلَمُهُ أَحَدُهُمَا ،
فَسَدَّتِ الْمُضَارَبَةُ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ .

فصل : وإن قال : خُذْ هَذَا المَالَ فَاتَّجِرْ بِهِ ، وَرِبْحُهُ كُلُّهُ لَكَ . كان قَرْضًا لا قِرَاضًا ؛
لأنَّ قَوْلَهُ : خُذْهُ فَاتَّجِرْ بِهِ . يَصْلُحُ لهما ، وقد قَرَنَ بِهِ حُكْمَ القَرْضِ ، فَانْتَصَرَفَ إِلَيْهِ .
وإن قال مع ذلك : ولا ضَمَانٌ عَلَيْكَ . فهذا قَرْضٌ شَرِطَ فِيهِ تَعْنِي الضَّمَانَ ، فلا يَنْتَفِي
بِشَرْطِهِ ، كما لو صرَّحَ بِهِ ، فقال : خُذْ هَذَا قَرْضًا ولا ضَمَانَ عَلَيْكَ . وإن قال : خُذْهُ
فَاتَّجِرْ بِهِ ، وَالرِّبْحُ كُلُّهُ لِي . كان إِبْضَاعًا ؛ لِأَنَّهُ قَرَنَ بِهِ حُكْمَ الإِبْضَاعِ فَانْتَصَرَفَ إِلَيْهِ .
فإن قال مع ذلك : وَعَلَيْكَ ضَمَانُهُ . لم يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّ العَقْدَ يَقْتَضِي كَوْنَهُ أَمَانَةً غَيْرَ
مَضْمُونَةٍ ، فلا يَزُولُ ذلك بِشَرْطِهِ . وإن قال : خُذْهُ مُضَارَبَةً ، وَالرِّبْحُ كُلُّهُ لَكَ ، أو كُلُّهُ
لِي . فهو عَقْدٌ فَاسِدٌ . وبه قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : إذا قال : وَالرِّبْحُ كُلُّهُ لِي كان
إِبْضَاعًا صَحِيحًا ؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ لَهُ حُكْمَ الإِبْضَاعِ فَانْتَصَرَفَ إِلَيْهِ ، كالتِّي قَبْلَهَا . وقال
مَالِكٌ : يَكُونُ مُضَارَبَةً صَحِيحَةً فِي الصُّورَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا فِي القِرَاضِ ، فإذا شَرِطَ
لأَحَدِهِمَا ، فَكَأَنَّهُ وَهَبَ الآخَرَ نَصِيبَهُ ^(١٨) ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ العَقْدِ . ولنا ، أَنَّ الْمُضَارَبَةَ
تَقْتَضِي كَوْنَ الرِّبْحِ بَيْنَهُمَا ، فإذا شَرِطَ اخْتِصَاصَ أَحَدِهِمَا بِالرِّبْحِ ، فقد شَرِطَ ما يُنَافِي
مُقْتَضَى العَقْدِ ، فَفَسَدَ ، كما لو شَرِطَ الرِّبْحَ كُلَّهُ فِي شَرِكَةِ الْعِنَانِ لأَحَدِهِمَا . وَيُقَارِقُ ما إِذَا

(١٨) سقط من : ب .

يَقُلُّ^(١٩) مُضَارَبَةً ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَصْلُحُ لِمَا أَثَبَّتْ حُكْمَهُ مِنَ الْإِبْضَاعِ وَالْقَرْضِ^(٢٠) ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا صَرَّحَ بِالْمُضَارَبَةِ . وَمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ لَا تَصِحُّ قَبْلَ
وُجُودِ الْمُؤَهَّبِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَدْفَعَ مَا لَا إِلَى اثْنَيْنِ مُضَارَبَةً فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَإِنْ شَرَطَ لهُمَا جُزْءًا مِنَ
الرَّيْحِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، جَازَ . وَإِنْ قَالَ : لَكُمَا كَذَا وَكَذَا مِنَ الرَّيْحِ . وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفَ هُوَ ،
^(٢١) فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ^(٢٢) ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ قَوْلِهِ بَيْنَهُمَا يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَامِلِهِ :
وَالرَّيْحُ بَيْنَنَا . وَإِنْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا ثُلُثَ الرَّيْحِ ، وَالْآخَرُ رُبْعَهُ ، وَجَعَلَ الْبَاقِيَ لَهُ ، جَازَ .
وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُمَا شَرِيكَانِ فِي الْعَمَلِ
بِأُبْدَانِهِمَا ، فَلَا يَجُوزُ تَفَاضُلُهُمَا فِي الرَّيْحِ كَشَرِيكَيْ الْأُبْدَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ
الْآثْنَيْنِ عَقْدَانِ ، فَجَازَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ . وَلَأَنَّهُمَا
يَسْتَحِقُّانِ بِالْعَمَلِ وَهُمَا يَتَفَاضَلَانِ فِيهِ ، فَجَازَ تَفَاضُلُهُمَا فِي الْعُوضِ ، كَالْأَجِيرَيْنِ . وَلَا
نُسَلِّمُ وَجُوبَ التَّسَاوِيِ فِي شَرِكَةِ الْأُبْدَانِ ، بَلْ هِيَ كَمَسْأَلَتِنَا فِي جَوَازِ تَفَاضُلِهِمَا . ثُمَّ
الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ ذَلِكَ عَقْدٌ وَاحِدٌ ، وَهَذَا عَقْدَانِ^(٢٣) .

فصل : وَإِنْ قَارَضَ اثْنَانِ وَاحِدًا بِأَلْفٍ لهُمَا ، جَازَ . وَإِذَا شَرَطَا لَهُ رَيْحًا مُتَسَاوِيًا
مِنْهُمَا ، جَازَ . وَإِنْ شَرَطَا أَحَدُهُمَا لَهُ النِّصْفَ ، وَالْآخَرُ الثُّلُثَ ، جَازَ ، وَيَكُونُ بَاقِي رَيْحِ
مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ . وَإِنْ شَرَطَا كَوْنَ الْبَاقِي مِنَ الرَّيْحِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، لَمْ
يَجُزْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَلَامُ الْقَاضِي يَقْتَضِي جَوَازَهُ . وَحُكْمِي ذَلِكَ عَنْ أَبِي
حَنِيفَةَ وَأَبِي ثَوْرٍ . وَلَنَا ، أَنَّ أَحَدَهُمَا يَبْقَى لَهُ مِنْ رَيْحِ مَالِهِ النِّصْفُ ، وَالْآخَرُ يَبْقَى لَهُ

(١٩) فِي م : « يَكُن » .

(٢٠) فِي م : « وَالْقَرَضُ » .

(٢١-٢٢) فِي م : « كَانَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « وَهَذَا » .

الثلاثان . فإذا شَرَطَا^(٢٣) التَّسَاوَى فقد شَرَطَ أَحَدُهُمَا لِلاَّخَرِ جُزْءًا مِنْ رِبْحٍ مَالِهِ بِغَيْرِ عَمَلٍ ، فلم يَجْزُ . كما لو شَرَطَ رِبْحَ مَالِهِ الْمُتَفَرِّدِ .

فصل : وإذا شَرَطَا جُزْءًا مِنْ الرِّبْحِ لغيرِ الْعَامِلِ نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ شَرَطَاهُ لِعَبْدٍ أَحَدَهُمَا أَوْ لِعَبْدَيْنِهِمَا ، صَحَّ ، وَكَانَ ذَلِكَ مَشْرُوطًا لِسَيِّدِهِ . فَإِذَا جَعَلَا الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ عَبْدَيْنِهِمَا أَثْلَاثًا ، كَانَ لِصَاحِبِ الْعَبْدِ الثَّلَاثَيْنِ ، وَلِلْآخَرِ الثَّلَاثُ . وَإِنْ شَرَطَاهُ لِأَجْنَبِيٍّ ، أَوْ لَوْلَدٍ أَحَدِهِمَا^(٢٤) أَوْ امْرَأَتِهِ^(٢٥) ، أَوْ قَرِيبِهِ ، وَشَرَطَا عَلَيْهِ عَمَلًا مَعَ الْعَامِلِ ، صَحَّ ، وَكَانَا عَامِلَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطَا عَلَيْهِ عَمَلًا ، لَمْ تَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ أَنَّهُ يَصِحُّ ، وَالْجُزْءُ الْمَشْرُوطُ لَهُ لِرَبِّ الْمَالِ ، سَوَاءً شَرَطَا^(٢٥) لِقَرِيبِ الْعَامِلِ ، أَوْ لِقَرِيبِ رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا^(٢٦) إِلَّا مَا شَرَطَ لَهُ ، وَرَبُّ الْمَالِ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بِحُكْمِ الْأَصْلِ ، وَالْأَجْنَبِيُّ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بِمَالٍ أَوْ عَمَلٍ ، وَلَيْسَ هَذَا وَاحِدًا مِنْهُمَا ، فَمَا شَرِطَ لَا يَسْتَحِقُّهُ ، فَيَرْجِعُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَ ذِكْرَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرِطَ فَاسِيْدٌ يَعُوْدُ إِلَى الرِّبْحِ ، فَفَسَدَ بِهِ الْعَقْدُ ، كَمَا لَوْ شَرِطَ ذَرَاهِمَ مَعْلُومَةً . وَإِنْ قَالَ : لَكَ الثَّلَاثَانِ ، عَلَى أَنْ تُعْطِيَ امْرَأَتَكَ نِصْفَهُ . فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ شَرِطَ فِي الرِّبْحِ شَرْطًا لَا يَلْزَمُ ، فَكَانَ فَاسِيْدًا . وَالْحُكْمُ فِي الشَّرِكَةِ كَالْحُكْمِ فِي الْمُضَارَبَةِ ، فِيمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَالْحُكْمُ فِي الشَّرِكَةِ كَالْحُكْمِ فِي الْمُضَارَبَةِ ، فِي وُجُوبِ مَعْرِفَةِ قَدْرِ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الرِّبْحِ ، إِلَّا أَنَّهُمَا إِذَا أَطْلَقَاهَا وَلَمْ يَذْكُرَا الرِّبْحَ ، كَانَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، وَفِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ ، يَكُونُ عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا فِي الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّ لِهَمَا أَصْلًا يَرْجِعَانِ إِلَيْهِ ، وَيَتَقَدَّرُ^(٢٧) الرِّبْحُ بِهِ ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَقْدِيرُ الرِّبْحِ فِيهَا

(٢٣) فِي م : وَ اشترطا .

(٢٤-٢٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٢٥) فِي ١ ، ب ، م : شَرِطَ .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب ، م .

(٢٧) فِي الْأَصْلُ : وَيَقْدَرُ .

بالمال والعمل^(٢٨) ، لَكُونِ أَحَدَهُمَا مِنْ غَيْرِ^(٢٨) جِنْسِ الْآخَرِ ، فَلَا يُعْلَمُ قَدْرُهُ مِنْهُ . وَأَمَّا شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ ، فَلَا مَالٌ فِيهَا يُقَدَّرُ الرَّبْحُ بِهِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَقَدَّرَ بِالْعَمَلِ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ أَحَدِهِمَا مِنْ / جِنْسِي عَمَلِ الْآخَرِ ، فَقَدْ تَسَاوَا فِي أَصْلِ الْعَمَلِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ أَصْلًا يُرْجَعُ إِلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَتَقَدَّرَ^(٢٩) بِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَقُلُ وَيَكْثُرُ وَيَتَفَاضِلُ ، وَلَا يُوقَفُ عَلَى مِقْدَارِهِ ، بِخِلَافِ الْمَالِ ، فَيُعْتَبَرُ ذِكْرُ الرَّبْحِ وَالْمَعْرِفَةُ بِهِ ، كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ .

٨٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ)

يَعْنِي الْخُسْرَانُ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ مَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُمَا مُتَسَاوِيًا فِي الْقَدْرِ ، فَالْخُسْرَانُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ أَثْلَانًا ، فَالْوَضِيعَةُ أَثْلَانًا . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَبِهِ يَقُولُ^(١) أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ وَغَيْرُهُمَا . وَفِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ تَكُونُ الْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا فِي الْمُشْتَرَى ، سَوَاءً كَانَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَسَوَاءً كَانَتِ الْوَضِيعَةُ لِتَلْفٍ ، أَوْ نُقْصَانٍ فِي الثَّمَنِ عَمَّا اشْتَرَا بِهِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . وَالْوَضِيعَةُ فِي الْمُضَارَبَةِ عَلَى الْمَالِ خَاصَّةٌ ، لَيْسَ عَلَى الْعَامِلِ مِنْهَا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْوَضِيعَةَ عِبَارَةٌ عَنْ نُقْصَانِ رَأْسِ الْمَالِ ، وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِمِلْكِ رَبِّهِ ، لَا شَيْءٌ لِلْعَامِلِ فِيهِ ، فَيَكُونُ نُقْصُهُ مِنْ مَالِهِ دُونَ غَيْرِهِ ؛ وَإِنَّمَا يَشْتَرِكَانِ فِي مَا يَخْصُلُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَأَشْبَهَ الْمُسَاقَاةَ وَالْمُزَارَعَةَ ، فَإِنَّ رَبَّ الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ يُشَارِكُ الْعَامِلَ فِي مَا يَحْدُثُ مِنَ الزَّرْعِ وَالثَّمَرِ . وَإِنْ تَلَفَ الشَّجَرُ ، أَوْ هَلَكَ شَيْءٌ مِنَ الْأَرْضِ بِعَرَقٍ أَوْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْعَامِلِ شَيْءٌ .

٨٣١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لِأَحَدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ فَضْلَ دَرَاهِمَ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّهُ مَتَى جَعَلَ نَصِيبَ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، أَوْ جَعَلَ مَعَ نَصِيبِهِ

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) في ب : « يقدر » .

(١) في الأصل : « قال » .

دَرَاهِمَ ، مثل أن يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ جُزْءًا وَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، بَطَلَتِ الشَّرَكَةُ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلٌّ مِنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى إِبْطَالِ الْقَرَارِ إِذَا شَرَطَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا لِنَفْسِهِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، وَمَنْ حَفِظْنَا ذَلِكَ عَنْهُ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالْجَوَابُ فِيمَا لَوْ قَالَ : لَكَ نِصْفُ الرَّبْحِ إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، أَوْ نِصْفُ الرَّبْحِ وَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، كَالْجَوَابِ فِيمَا إِذَا شَرَطَ دَرَاهِمَ مُفْرَدَةً . وَإِنَّمَا لَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ لِمَعْنِيَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، احْتَمَلَ أَنْ لَا يَرْبَحَ غَيْرَهَا ، فَيَحْصُلُ عَلَى جَمِيعِ الرَّبْحِ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يَرْبَحَهَا ^(١) ، فَيَأْخُذُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ جُزْءًا . وَقَدْ يَرْبَحُ كَثِيرًا ، فَيَسْتَصِيرُ مَنْ شَرَطَتْ لَهُ الدَّرَاهِمُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ حِصَّةَ الْعَامِلِ يَتَّبَعِي أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً بِالْأَجْزَاءِ ، لَمَّا تَعَذَّرَ كَوْنُهَا مَعْلُومَةً بِالْقَدْرِ ، فَإِذَا جُهِلَتِ الْأَجْزَاءُ ، فَسَدَتْ ، كَمَا لَوْ جُهِلَ الْقَدْرُ فِيمَا يُشْتَرِطُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا بِهِ . وَلِأَنَّ الْعَامِلَ مَتَى شَرَطَ لِنَفْسِهِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، رَبُّمَا تَوَاتَى فِي طَلَبِ الرَّبْحِ ؛ لِعَدَمِ فَائِدَتِهِ فِيهِ ، وَحُصُولِ نَفْعِهِ لغيره ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لَهُ جُزْءٌ مِنَ الرَّبْحِ .

فصل : وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْفَقِيرُ ^(٢) مُضَارَبَةً ، عَلَى أَنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِبْحٌ أَلْفٌ ، أَوْ عَلَى أَنْ لِأَحَدِهِمَا رِبْحٌ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ ، أَوْ رِبْحٌ إِحْدَى السَّفَرَتَيْنِ ، أَوْ رِبْحٌ تِجَارَتِهِ / فِي شَهْرٍ أَوْ عَامٍ بَعَيْنِهِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَسَدَ الشَّرْطُ وَالْمُضَارَبَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرْبَحُ فِي ذَلِكَ الْمُعَيَّنِ دُونَ غَيْرِهِ ، وَقَدْ يَرْبَحُ فِي غَيْرِهِ دُونَهُ ، فَيَخْتَصُّ أَحَدُهُمَا بِالرَّبْحِ ، وَذَلِكَ يُخَالِفُ مَوْضُوعَ الشَّرَكَةِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفًا ، وَقَالَ : لَكَ رِبْحٌ نِصْفُهُ . لَمْ يَجُزْ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ نِصْفَ رِبْحِهِ هُوَ رِبْحٌ نِصْفُهُ ، فَجَازَ شَرْطُهُ ، كَمَا لَوْ عَبَّرَ عَنْهُ بِعِبَارَتِهِ الْأُخْرَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا رِبْحَ بَعْضِ الْمَالِ دُونَ بَعْضٍ ، وَكَذَلِكَ جَعَلَ لِلْآخِرِ ^(٣) ، فَلَمْ يَجُزْ . كَمَا لَوْ قَالَ : لَكَ رِبْحُ هَذِهِ الْحَمْسِمِائَةِ .

(١) فِي أ ، ب : « يَرْبَحُ » .

(٢) فِي ب : « الدِّينِ » .

(٣) فِي أ ، ب ، م : « الْآخِرِ » .

ولأنه يمكن أن يُفرد نصف المال ، فيربح فيه دون النصف الآخر ، بخلاف نصف الربح ؛ فإنه ^(٤) لا يؤدي إلى انفراجه بربح شيء من المال .

٨٣٢ - مسألة ؛ قال : (والمضارب إذا باع بنسيئة بغير أمر ، ضمن ، في إحدى الروايتين ، والأخرى لا يضمن)

وجملته أن المضارب وغيره من الشركاء ، إذا نص له على التصرف ، فقال : نقدا أو نسيئة . أو قال : بتقد البلد . أو ذكر نقدا غيره ، جاز ، ولم تجز مخالفته ؛ لأنه متصرف بالإذن ، فلا يتصرف في غير ما أذن له فيه ، كالوكيل ، ولأن ذلك لا يمنع مقصود المضاربة . وقد بطلت ^(١) بذلك الفائدة في العادة . وإن أطلق ، فلا خلاف في جواز البيع حالا ، وفي البيع نسيئة روايتان ؛ إحداهما ، ليس له ذلك . وهو قول مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ؛ لأنه نائب في البيع ، فلم يجز له البيع نسيئة بغير إذن صريح فيه ، كالوكيل ، وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط ، وفي النسيئة تقرير بالمال ، وقرينة الحال تقيّد مطلق الكلام ، فيصير كأنه قال : بعه حالا . والثانية ^(٢) ، يجوز له البيع نساء . وهو قول أبي حنيفة ، واختيار ابن عقيل ؛ لأن إذنه في التجارة والمضاربة يتصرف إلى التجارة المعتادة ، وهذا عادة التجار ، ولأنه يقصد به الربح ، والربح في النساء أكثر . ويفارق الوكالة المطلقة ^(٣) ؛ فإنها لا تختص بقصد الربح ، وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب ، فإذا أمكن تحصيله من غير خطر ، كان أولى ، ولأن الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة ، فلم يجز تأخيرها ، بخلاف المضاربة . وإن قال له : اعمل برأيك . فله البيع نساء . وكذلك إذا قال له : تصرف كيف شئت . وقال الشافعي : ليس له البيع نساء في

(٤) في ١ ، ب : « لأنه » .

(١) في الأصل ، ا ، م : « يطلب » .

(٢) في م زيادة : « أنه » .

(٣) سقط من : ب .

المَوْضِعَيْنِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَقُلْ لَهُ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَاخِلٌ فِي عُمُومِ لَفْظِهِ ، وَقَرِينَةُ حَالِهِ تَدُلُّ عَلَى رِضَائِهِ بِرَأْيِهِ^(٤) فِي صِفَاتِ الْبَيْعِ ، وَفِي أَنْوَاعِ التَّجَارَةِ ، وَهَذَا ١٤٦/٤ ط منها . فَإِذَا قُلْنَا : لَهُ / الْبَيْعُ نِسَاءً . فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ ، وَمَهْمَا فَاتَ مِنَ الثَّمَنِ لَمْ^(٥) يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ ، إِلَّا أَنْ يُقَرِّطَ بِبَيْعٍ مَنْ لَا يُوثِقُ بِهِ ، أَوْ مَنْ لَا يَعْرِفُهُ ، فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُ الثَّمَنِ الَّذِي انْكَسَرَ عَلَى الْمُشْتَرِي . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ نِسَاءً ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ ، فَاشْتَبَهَ الْبَيْعَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : يَقِفُ بَيْعُ الْأَجْنَبِيِّ عَلَى الْإِجَارَةِ . فَهُنَا مِثْلُهُ . وَيَحْتَمِلُ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ صِحَّةَ الْبَيْعِ ؛ فَإِنَّهُ إِذَا ذَكَرَ الضَّمَانَ ؛ وَلَمْ يَذْكُرْ فَسَادَ الْبَيْعِ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ يَلْزَمُ الْعَامِلُ الضَّمَانَ ؛ لِأَنَّ ذَهَابَ الثَّمَنِ حَصَلَ بِتَقْرِيطِهِ . فَإِنْ قُلْنَا بِفَسَادِ الْبَيْعِ ، ضَمِنَ الْمَبِيعُ بِقِيمَتِهِ إِذَا تَعَدَّرَ عَلَيْهِ اسْتِرْجَاعُهُ ، إِمَّا لِتَلَفِ الْمَبِيعِ أَوْ امْتِنَاعِ الْمُشْتَرِي مِنْ رَدِّهِ إِلَيْهِ . وَإِنْ قُلْنَا بِصِحَّتِهِ ، احْتَمَلَ أَنْ يَضْمَنَهُ بِقِيمَتِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفُتْ بِالْبَيْعِ أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَلَا يَنْحَفِظُ بِتَرْكِه سِوَاهَا ، وَزِيَادَةُ الثَّمَنِ حَصَلَتْ بِتَقْرِيطِهِ ، فَلَا يَضْمَنُهَا . وَاحْتَمَلَ أَنْ يَضْمَنَ الثَّمَنُ ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِالْبَيْعِ ، وَفَاتَ بِتَقْرِيطِ الْبَائِعِ . وَإِنْ نَقَصَ عَنِ الْقِيَمَةِ ، فَقَدْ انْتَقَلَ الْوُجُوبُ إِلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ حَصَلَ الثَّمَنُ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا .

فصل : وليس له السفر بالمال ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ فِي السَّفَرِ تَغْيِيرًا بِالْمَالِ وَخَطَرًا ، وَلِهَذَا يُرَوَى : « إِنَّ الْمُسَافِرَ وَمَالَهُ لَعَلَى قَلْبٍ ، إِلَّا مَا وَفَى اللَّهُ تَعَالَى »^(٦) . أَيْ هَلَاكٍ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّغْيِيرُ بِالْمَالِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَهُ السَّفَرُ بِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَخُوفًا . قَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُهُ ، بِنَاءً عَلَى السَّفَرِ بِالْوَدِيعَةِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَيُحْكِي ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ الْمُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِالتَّجَارَةِ سَفَرًا وَحَضَرًا ، وَلِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ مُشْتَقَّةً مِنْ

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بِشِرَائِهِ » .

(٥) فِي م : « لَا » .

(٦) ذَكَرَهُ ابْنُ قَتَيْبَةَ ، فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ ٢ / ٥٦٤ . وَابْنُ الْأَثِيرِ ، فِي النِّهَايَةِ ٤ / ٩٨ .

الضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ بِمُطْلَقِهَا ، وَهَذَانِ الْوَجْهَانِ فِي الْمُطْلَقِ . فَأَمَّا إِنْ أُذِنَ فِي السَّفَرِ ، أَوْ نُهِى عَنْهُ ، أَوْ وَجِدَتْ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ، تَعَيَّنَ ذَلِكَ ، وَبَيَّتَ مَا أَمَرَ بِهِ . وَحُرِّمَ مَا نُهِى عَنْهُ . وَلَيْسَ لَهُ السَّفَرُ فِي مَوْضِعٍ مَخُوفٍ ، عَلَى الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا . وَكَذَلِكَ لَوْ أُذِنَ لَهُ فِي السَّفَرِ مُطْلَقًا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ السَّفَرُ فِي طَرِيقٍ مَخُوفٍ ، وَلَا إِلَى بَلَدٍ مَخُوفٍ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا يَتَلَفُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِفِعْلٍ مَا لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ . وَإِنْ سَافَرَ فِي طَرِيقٍ آمِنٍ ، جَاَزَ ، وَتَفَقَّهَ فِي مَالِ نَفْسِهِ . وَبِهَذَا قَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَتَفَقَّحُ مِنَ الْمَالِ بِالْمَعْرُوفِ ، إِذَا شَخَّصَ بِهِ عَنِ الْبَلَدِ ؛ لِأَنَّ سَفَرَهُ لِأَجْلِ الْمَالِ ، فَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْهُ ، كَأَجْرِ الْحَمَّالِ . ١٤٧/٤ وَلَنَا ، أَنَّ نَفَقَتَهُ تَخُصُّهُ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ ، كَنَفَقَةِ الْحَضَرِ ، وَأَجْرِ الطَّبِيبِ ، وَثَمَنِ الطَّبِيبِ^(٧) ، وَلَئِنْ دَخَلَ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِنَ الرَّبْحِ الْجُزْءَ الْمُسَمًّى ، فَلَا يَكُونُ لَهُ غَيْرُهُ ، وَلَئِنْ لَوْ اسْتَحَقَّ النَّفَقَةَ أَفْضَى إِلَى أَنْ يَخْتَصَّ بِالرَّبْحِ إِذَا لَمْ يَرْتَبِخْ سِوَى مَا أَتَّفَقَ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَطَ^(٨) لَهُ النَّفَقَةَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَهُ مَا قَدَّرَ لَهُ مِنْ مَأْكُولٍ وَمَلْبُوسٍ وَمَرْكُوبٍ وَغَيْرِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَشْتَرِطَ نَفَقَةً مَحْدُودَةً ، وَإِنْ أَطْلُقَ صَحَّ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَلَهُ نَفَقَتُهُ مِنَ الْمَأْكُولِ ، وَلَا كُسُوفَ لَهُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا قَالَ : لَهُ نَفَقَتُهُ . فَإِنَّهُ يَنْفَقُ . قِيلَ لَهُ : فَيَكْتَسِبُ ؟ قَالَ : لَا ، إِنَّمَا لَهُ النَّفَقَةُ . وَإِنْ كَانَ سَفَرُهُ طَوِيلًا ، يَحْتَاجُ إِلَى تَجْدِيدِ كُسُوفِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ جَوَازُهَا ؛ لِأَنَّهُ قِيلَ لَهُ : فَلَمْ يَشْتَرِطْ الْكُسُوفَ ، إِلَّا أَنَّهُ فِي بَلَدٍ بَعِيدٍ ، وَلَهُ مُقَامٌ طَوِيلٌ ، يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى كُسُوفٍ ؟ فَقَالَ : إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي النَّفَقَةِ فَعَلَ ، مَا لَمْ يَحْمِلْ عَلَى مَالِ الرَّجُلِ ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَصْدَهُ . هَذَا مَعْنَاهُ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : إِذَا اشْتَرَطَ لَهُ النَّفَقَةَ ، فَلَهُ جَمِيعُ نَفَقَتِهِ ، مِنْ مَأْكُولٍ وَمَلْبُوسٍ^(٩) بِالْمَعْرُوفِ .

(٧) فِي ب ، م : « الطَّب » .

(٨) فِي أ ، ب : « شَرَط » .

(٩) فِي م : « أَوْ مَلْبُوس » .

وقال أحمد : يُتَّفَقُ عَلَى مَعْنَى مَا كَانَ يُتَّفَقُ عَلَى نَفْسِهِ ، غَيْرَ مُتَعَدِّ بِالنَّفَقَةِ ، وَلَا مُضِرٍّ بِالْمَالِ . وَلَمْ يَذْهَبْ أَحْمَدُ إِلَى تَقْدِيرِ النَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْعَارَ تَخْتَلِفُ ، وَقَدْ ثَقُلَ ، وَقَدْ تَكَثَّرَ^(١٠) . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَرْجِعُ فِي الْقَوِيِّ إِلَى الْإِطْعَامِ فِي الْكِفَارَةِ ، وَفِي الْكُسُوفَةِ إِلَى أَقَلِّ مَلْبُوسٍ مِثْلِهِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ لِنَفْسِهِ مَعَ مَالِ الْمُضَارَّةِ ، أَوْ كَانَ مَعَهُ مُضَارَّةٌ أُخْرَى ، أَوْ بَضَاعَةٌ لآخَرَ ، فَالنَّفَقَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، لِأَنَّ النَّفَقَةَ إِنَّمَا كَانَتْ لِأَجْلِ السَّفَرِ ، وَالسَّفَرُ لِلْمَالَيْنِ ، فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ النَّفَقَةُ مَقْسُومَةً عَلَى قَدْرِهِمَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَبُّ الْمَالِ قَدْ شَرَطَ لَهُ النَّفَقَةَ مَعَ عِلْمِهِ بِذَلِكَ . وَلَوْ أُذِنَ لَهُ فِي السَّفَرِ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، ثُمَّ لَقِيَهِ رَبُّ الْمَالِ فِي السَّفَرِ ، إِمَّا بِذَلِكَ الْمَوْضِعِ ، أَوْ فِي غَيْرِهِ ، وَقَدْ نَصَّ الْمَالُ ، فَأَخَذَ مَالَهُ ، فَطَالَبَهُ الْعَامِلُ بِنَفَقَةِ الرَّجُوعِ إِلَى بَلَدِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ^(١١) النَّفَقَةَ مَا دَامَا فِي الْقِرَاضِ ، وَقَدْ زَالَ ، فَزَالَتِ النَّفَقَةُ ، وَلِذَلِكَ^(١٢) لَوْ مَاتَ لَمْ يَجِبْ تَكْفِينُهُ . وَقَدْ قِيلَ : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ شَرَطَ لَهُ نَفَقَةَ ذَهَابِهِ وَرُجُوعِهِ وَغَيْرِهِ ، بِتَسْفِيرِهِ إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، مُعْتَقِدًا أَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ لِلنَّفَقَةِ ذَاهِبًا وَرَاجِعًا ، فَإِذَا قَطَعَ عَنْهُ النَّفَقَةَ ، تَضَرَّرَ بِذَلِكَ .

فصل : وَحُكْمُ الْمُضَارِبِ حُكْمُ الْوَكَيلِ ، فِي أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ بِأَقَلِّ مِنْ ثَمَنِ

١٤٧/٤ ط المِثْلِ ، وَلَا يَشْتَرِي بِأَكْثَرِ مِنْهُ ، مِمَّا لَا يَتَعَابَنُ / النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ^(١٣) ، وَيُضْمَنُ النِّقْصَ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَنْجِبُ بَضَمَانَ النِّقْصِ . وَالْقِيَاسُ أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ الْأَجْنَبِيِّ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ تَعَدَّرَ رَدُّ الْمَبِيعِ ، ضَمِنَ النِّقْصَ أَيْضًا ، وَإِنْ أُمِكَنَ رَدُّهُ ، وَجَبَ رَدُّهُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ كَانَ تَالِفًا ، وَلِرَبِّ الْمَالِ مُطَابَلَةٌ مِنْ شَاءَ مِنَ الْعَامِلِ

(١٠) فِي م : « وَتَكَثَّرَ » .

(١١) فِي أ : « اسْتَحَقَّ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « وَكَذَلِكَ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « صَحِيحٌ » .

أَوْ الْمُشْتَرَى ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْمُشْتَرَى قِيمَتَهُ رَجَعَ الْمُشْتَرَى عَلَى الْعَامِلِ بِالثَّمَنِ ، وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْعَامِلِ بِقِيمَتِهِ رَجَعَ الْعَامِلُ عَلَى الْمُشْتَرَى بِهَا ، وَرَدَّ عَلَيْهِ الثَّمَنُ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فِي يَدِهِ . وَأَمَّا مَا يَتَعَايَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، فَغَيْرُ مَمْنُوعٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَى بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ بَعَيْنِ الْمَالِ ، فَهُوَ كَالْبَيْعِ . وَإِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ ، لَزِمَ الْعَامِلُ دُونَ رَبِّ الْمَالِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ ، فَيَكُونُ لَهُ . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ أَطْلَقَ الشَّرَاءَ وَلَمْ يَذْكُرْ رَبَّ الْمَالِ ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ صَرَّحَ لِلْبَائِعِ أَنَّنِي اشْتَرَيْتُهُ لِفُلَانٍ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ أَيْضًا .

فصل : وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد ؟ على رَوَاتَيْنِ ؛ الْأُولَى ، جَوَازُهُ إِذَا رَأَى أَنَّ^(١٤) الْمَصْلَحَةَ فِيهِ ، وَالرَّيْبَ حَاصِلًا بِهِ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ عَرْضًا بِعَرْضٍ وَيَشْتَرِيَهُ بِهِ . فَإِذَا قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ . ففَعَلَهُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ اشْتَرَى أَوْ بَاعَ بِغَيْرِ ثَمَنِ الْمِثْلِ . وَإِنْ قَالَ لَهُ : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ . فَلهُ ذَلِكَ . وهل له الزَّرَاعَةُ ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ لَا يُفْهَمُ مِنْ إِطْلَاقِهَا الْمُزَارَعَةُ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفًا ، وَقَالَ : اتَّجِرْ فِيهَا بِمَا شِئْتَ . فزَرَعَ زَرْعًا ، فَرَبِحَ فِيهِ ، فَالْمُضَارَبَةُ جَائِزَةٌ ، وَالرَّيْبُ بَيْنَهُمَا . قَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ هَذَا أَنَّ قَوْلَهُ : اتَّجِرْ بِمَا شِئْتَ . دَخَلَتْ فِيهِ الْمُزَارَعَةُ ؛ لِأَنَّهَا مِنَ الْوُجُوهِ الَّتِي يُتَعَيَّنُ بِهَا الثَّمَاءُ ، وَعَلَى هَذَا لَوْ تَوَى^(١٥) الْمَالُ كُلَّهُ^(١٦) فِي الْمُزَارَعَةِ ، لَمْ يَلْزِمُهُ ضَمَانُهُ .

فصل : وله أن يشتري المعيب ، إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الرَّيْبَ ، وَقَدْ يَكُونُ الرَّيْبُ فِي الْمَعِيبِ . فَإِنْ اشْتَرَاهُ يَظُنُّهُ سَلِيمًا ، فَبَانَ مَعِيبًا ، فَلهُ فِعْلُ مَا يَرَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ ، مِنْ رَدِّهِ بِالْعَيْبِ ، أَوْ إِمْسَاكِهِ وَأَخِذِ أَرْضِ الْعَيْبِ . فَإِنْ اخْتَلَفَ الْعَامِلُ وَرَبُّ الْمَالِ فِي الرَّدِّ ، فَطَلَبَهُ^(١٧) أَحَدُهُمَا ، وَأَبَاهُ الْآخَرُ ، فَعَلَّ مَا فِيهِ النَّظَرُ وَالْحِطُّ ؛ لِأَنَّ

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) توى المال : هلك .

(١٦) سقط من : ا ، ب .

(١٧) في ا ، ب ، م : « فطالبه » .

المَقْصُودُ تَحْصِيلُ الْحَظِّ ، فَيُحْمَلُ^(١٨) الْأَمْرُ عَلَى^(١٩) مَا فِيهِ الْحَظُّ . وَأَمَّا الشَّرِيكَانِ^(٢٠) إِذَا اخْتَلَفَا^(٢١) فِي رَدِّ الْمَعِيبِ ، فَلِطَالِبِ الرَّدِّ رَدُّ نَصِيْبِهِ ، وَلِلْآخَرِ إِمْسَاكُ نَصِيْبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الشَّرَاءَ لِمَا جَمِيعًا ، فَلَا يُلْزَمُهُ قَبُولُ رَدِّ بَعْضِهِ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ الْحَالِ أَنَّ الْعَقْدَ لِمَنْ وَلِيَهُ ، فَلَمْ يَجْزِ إِذْ خَالَ الضَّرَرُ عَلَى الْبَائِعِ بِتَبْعِيضِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ . وَلَوْ أَرَادَ الَّذِي وَلِيَ الْعَقْدَ رَدَّ بَعْضِ / الْمَبِيعِ وَإِمْسَاكَ الْبَعْضِ ، كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ مَالِو أَرَادَ شَرِيكَهُ ذَلِكَ ، عَلَى مَا فَصَّلْنَاهُ . ١٤٨/٤

فصل : وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بغير إذنه ؛ لأن عليه فيه ضررًا . فإن اشتراه بإذن رب المال ، صح ؛ لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه ، فإذا أذن لغيره فيه ، جاز ، ويعتق عليه ، وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه ؛ لأنه قد تلف ، ويكون محسوباً^(٢٢) على رب المال . فإن كان ثمنه كل المال ، انفسخت المضاربة . وإن كان في المال ربح ، رجع^(٢٣) العامل بحصته منه ، وإن كان بغير إذن رب المال ، احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عيناً ؛ لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه ، فكان بمنزلة مالهو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ، ولأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه ، فلا يتناول غير ذلك . وإن كان^(٢٤) اشتراه في الذمة ، وقع الشراء للعاقيد ، وليس له دفع الثمن من مال المضاربة ، فإن فعل ضمن . وهذا قول^(٢٥) الشافعي وأكثر الفقهاء . وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد صحة الشراء ؛ لأنه مال متقوم قابل للعقود ، فصح شراؤه ، كما لو اشترى من نذر رب المال إعتاقه ، ويعتق على رب المال ، وتنفسخ

(١٨) في ١ ، ب ، م : « فيحمل » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠-٢١) سقط من : ب .

(٢١) في الأصل : « محبوسا » .

(٢٢) في ب ، م : « جعل » .

(٢٣) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٢٤-٢٥) في ب ، م : « وهذا قال » .

المُضَارَبَةُ فِيهِ . وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ ضَمَانُهُ ، عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، عِلْمَ بِذَلِكَ أَوْ جَهْلَ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْمُضَارَبَةِ تَلَفٌ بِسَبَبِهِ ، وَلَا فَرْقَ فِي الْإِثْلَافِ الْمَوْجِبِ لِلضَّمَانِ بَيْنَ الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ . وَفِيمَا يَضُمُّهُ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَبَتَ فِيهِ ثُمَّ تَلَفَ ، فَأَشْبَهَ ، مَالُوهُ أَتْلَفَهُ بِفِعْلِهِ . وَالثَّانِي ، الثَّمَنُ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ مِنْهُ حَصَلَ بِالشِّرَاءِ ، وَبِذَلِكَ الثَّمَنِ فِيمَا يَتْلَفُ بِالشِّرَاءِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا قَرِطَ فِيهِ . وَمَتَى ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِيحٌ فَلِلْعَامِلِ حِصَّتُهُ مِنْهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِنْ لَمْ يَكُنِ الْعَامِلُ عَالِمًا بِأَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ لِمَعْنَى فِي الْمَبِيعِ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْمُشْتَرِي ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيًّا لَمْ يَعْلَمْ بِعَيْهِ ، فَتَلَفَ بِهِ . قَالَ : وَيَتَوَجَّهُ أَنْ لَا يَضْمَنْ ، وَإِنْ عِلِمَ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى امْرَأَةً رَبِّ الْمَالِ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ . فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَهَلْ يَلْزَمُ الزَّوْجَ نِصْفُ الصَّدَاقِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ . فَإِنْ قُلْنَا : يَلْزَمُهُ . رَجَعَ بِهِ عَلَى الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ^(٢٥) تَقْرِيرِهِ عَلَيْهِ ، فَرَجَعَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَفْسَدَتْ امْرَأَةٌ نِكَاحَهُ بِالرِّضَا . وَإِنْ اشْتَرَى^(٢٦) زَوْجَ رَبَّةِ الْمَالِ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَتْ زَوْجَهَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ الشِّرَاءُ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ إِنَّمَا يَتَنَاوَلُ شِرَاءَ مَالِهَا فِيهِ حَظٌّ ، وَشِرَاءَ زَوْجِهَا يَضُرُّهَا ؛ لِأَنَّهُ يَفْسَخُ نِكَاحَهَا ، وَيَضُرُّهَا ، وَيُسْقِطُ حَقَّهَا مِنَ النَّفَقَةِ وَالْكُسُورَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ كَشِرَاءِ ابْنِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ اشْتَرَى مَا يُمَكِّنُ طَلْبَ الرِّبْحِ فِيهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أَجْنَبِيًّا . وَلَا ضَمَانٌ عَلَى الْعَامِلِ فِيمَا يَفُوتُ مِنَ الْمَهْرِ وَيُسْقِطُ مِنَ النَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَعُودُ إِلَى الْمُضَارَبَةِ ، وَإِنَّمَا هُوَ بِسَبَبِ آخَرَ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ شِرَائِهِ فِي الذِّمَّةِ أَوْ بَيْنِ الْمَالِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى الْمَأْذُونُ لَهُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ بِإِذْنِهِ ، صَحَّ وَعَقَقَ . فَإِنْ كَانَ ١٤٨/٤ ظ

(٢٥) فِي الْأَصْلِ ، ١ : د يَبُت .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : ب .

على المأذون له دينٌ يستغرق قيمته وما في يده ، وقلنا : يتعلق الدين برقيقته . فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الغرماء ؛ لأنه الذي أئلف عليهم بالعتق . وإن نهاه عن الشراء ، فالشراء باطل ؛ لأنه يملكه بالإذن ، وقد زال بالنهي . وإن أطلق الإذن ، فقال أبو الخطاب : يصح شراؤه ؛ لأن من صح أن يشتريه السيد ، صح شراء المأذون له ، كالأجنبي . وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع إليه مالا . وقال القاضي : لا يصح ؛ لأن فيه إثلافا على السيد ، فإن إذنه يتناول ما فيه حظ ، فلا يدخل فيه الإثلاف . وفارق عامل المضاربة ؛ لأنه يضمن القيمة ، فيزول الضرر . وللشافعي قولان ، كالوجهين . وإن اشترى امرأة رب المال ، أو زوج ربة المال ، فهل يصح ؟ على وجهين أيضا ، كثيراء من يعتق بالشراء .

فصل : وإن اشترى المضارب من يعتق عليه ، صح الشراء . فإن لم يكن ظهر في المال ربح ، لم يعتق منه شيء ، وإن ظهر فيه ربح ، ففيه وجهان ، مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فإن قلنا : يملكه بالقسمة . لم يعتق منه شيء ؛ لأنه ما ملكه . وإن قلنا : يملكه بالظهور . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يعتق . وهو قول أبي بكر ؛ لأنه لم يتم ملكه عليه ، لأن الربح وقاية لرأس^(٢٧) المال ، فلم يعتق لذلك . والثاني ، يعتق بقدر حصته من الربح ، إن كان مفسرا ، ويقوم عليه بآقيه إن كان موسرا ؛ لأنه ملكه بفعله ، فاعتق^(٢٨) عليه ، كما لو اشتراه بماله . وهذا قول القاضي ، ومذهب أصحاب أبي حنيفة ، لكن عندهم يستسعى في بقيقته إن كان مفسرا . ولنا رواية كقولهم . وإن اشتراه ولم يظهر ربح ، ثم ظهر بعد ذلك ، والعبد باق في التجارة ، فهو كما لو كان الربح ظاهرا وقت الشراء . وقال الشافعي : إن اشتراه بعد ظهور الربح ، لم يصح ، في أحد الوجهين ؛ لأنه يؤدي إلى أن يتنجز^(٢٩) العامل حقه قبل رب المال . ولنا ، أنهما شريكان ، فصح

(٢٧) في الأصل : رأس .

(٢٨) في ب : فعتق .

(٢٩) في ا ، ب ، م : ينجز .

شِرَاءُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنْ يَغْتَنِي عَلَيْهِ ، كَشَرِكِي الْعِنَانِ .

فصل : وليس له أن يَشْتَرِيَ بِأَكْثَرِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ مَا تَنَاوَلَ أَكْثَرَ مِنْهُ . فَإِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ أَلْفًا ، فَاشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفٍ ، ثُمَّ اشْتَرَى عَبْدًا آخَرَ بِعَيْنِ الْأَلْفِ ، فَالشِّرَاءُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمَالٍ يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُهُ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، وَالْعَبْدُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى / فِي ذِمَّتِهِ لغيره ما لم يَأْذَنْ لَهُ فِي شِرَائِهِ ، فَوَقَعَ لَهُ . وهل ١٤٩/٤ يَقِفُ عَلَى إِجَارَةِ رَبِّ الْمَالِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ كَنَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وليس لِلْمُضَارِبِ وَطْءُ أَمَةٍ مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، سِوَاءَ ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ أَوْ لَمْ يَظْهَرْ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَعَلِيهِ الْمَهْرُ وَالتَّعْزِيرُ . وَإِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ وَلَمْ يَظْهَرْ فِي الْمَالِ رِبْحٌ ، فَوَلَدَهُ رَقِيقٌ ؛ لِأَنَّهُا عَلِقَتْ مِنْهُ فِي غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا شُبْهَةِ مِلْكٍ ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدُهَا ؛ لِذَلِكَ ^(٣٠) . وَإِنْ ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَتَصِيرُ أُمٌّ وَلَدُهَا ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا . وَنَحْوَ هَذَا قَالَ سَفِيَانُ وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ لَمْ يَظْهَرْ رِبْحٌ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ فِي غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا شُبْهَةِ مِلْكٍ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ عَلَيْهِ التَّعْزِيرَ ؛ لِأَنَّ ظَهْرَ الرِّبْحِ يَنْبَنِي عَلَى التَّقْوِيمِ ، وَالتَّقْوِيمُ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ السَّلْعَ تُسَاوِي أَكْثَرَ مِمَّا قُومَتْ بِهِ ؛ فَيَكُونُ ذَلِكَ ^(٣١) شُبْهَةً فِي دَرَجَةِ الْحَدِّ ، لِأَنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ .

فصل : وليس لِرَبِّ الْمَالِ وَطْءُ الْأَمَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُصُهَا إِنْ كَانَتْ بِكْرًا ، وَيُعْرِضُهَا لِلخُرُوجِ مِنَ الْمُضَارَبَةِ وَالتَّلَفِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُا مَمْلُوكَتُهُ . وَإِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ؛ لِذَلِكَ ^(٣٠) ، وَخُرُجُ مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، وَتُحْسَبُ قِيمَتُهَا ، وَيُضَافُ إِلَيْهَا بَقِيَّةُ الْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ فَلِلْعَامِلِ حِصَّتُهُ مِنْهُ .

فصل : وَإِذَا أَذِنَ رَبُّ الْمَالِ لِلْمُضَارِبِ فِي الشِّرَاءِ ^(٣٢) مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ ^(٣٢) ،

(٣٠) فِي ١ ، ب ، م : « كَذَلِكَ » .

(٣١) فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(٣٢-٣٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فاشترى جارية لیتسرى بها ، خَرَجَ ثَمَنُهَا مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، وصَارَ قَرْضًا فِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّ اسْتِباحَةَ البُضْعِ لَا تَخْصُلُ إِلَّا بِمِلْكِهِ ؛ لقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٣٣) .

فصل : وليس لواحد منهما تزويج الأمة ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُصُهَا ، وَلَا مُكَاتَبَةُ الْعَبْدِ ؛ لذلك . فإن اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا .

فصل : وليس لِلْمُضَارِبِ دَفْعُ الْمَالِ إِلَى آخَرِ مُضَارَبَةٍ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرَمِ ، وَحَرِبَ ، وَعَبَدَ اللَّهِ ، قَالَ : إِنْ أُذِنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَخَرَجَ الْقَاضِي وَجْهًا فِي جَوَازِ ذَلِكَ ، بِنَاءً عَلَى تَوْكِيلِ الْوَكِيلِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا التَّخْرِيجُ ، وَقِيَاسُهُ عَلَى الْوَكِيلِ مُمْتَنِعٌ لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا دَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالَ هَهُنَا لِيُضَارِبَ بِهِ ، وَبَدَفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ مُضَارَبَةً (٣٤) يَخْرُجُ عَنْ كَوْنِهِ مُضَارِبًا بِهِ ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ . الثَّانِي ، أَنَّ هَذَا يُوجِبُ فِي الْمَالِ حَقًّا لْغَيْرِهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِيجَابُ حَقِّ فِي مَالِ إِنْسَانٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا أَعْرِفُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَمْ يَتَلَفَ الْمَالُ ، وَلَا ظَهَرَ فِيهِ رِنَحٌ ، رَدَّهُ إِلَى مَالِكِهِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ وَلَا عَلَيْهِ . وَإِنْ تَلَفَ ، أَوْ رِنَحَ فِيهِ ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : هُوَ فِي الضَّمَانِ وَالتَّصَرُّفِ كَالْغَاصِبِ ، ١٤٩/٤ وَرَبُّ الْمَالِ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا بِرَدِّ الْمَالِ / إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَيُرَدُّ بِدَلِّهِ إِنْ كَانَ تَالِفًا ، أَوْ تَعَدَّرَ رَدَّهُ ، فَإِنْ طَالَ الْأَوَّلُ ، وَضَمَّنَتْهُ قِيَمَةُ التَّالِفِ ، وَلَمْ يَكُنِ الثَّانِي عَليْمَ (٣٥) بِالْحَالِ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ (٣٦) مِنْهُ (٣٧) ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الْأَمَانَةِ . وَإِنْ عَليْمَ بِالْحَالِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ غَيْرِهِ عَلَى سَبِيلِ الْعُدْوَانِ ، وَتَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ ضَمَانُهُ (٣٨)

(٣٣) سورة المؤمنون ٦ .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) في م : : على علم .

(٣٦) سقط من : ب .

(٣٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٨) في ا : : الضمان .

عليه . وإن ضَمَّنَ الثاني مع عَليهِ بالحال ، لم يَرْجِعْ على الأول . وإن لم يَعْلَمْ ، فهل يَرْجِعْ على الأول ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَرْجِعْ عليه ؛ لأنَّه غَرَّةٌ ، فأشَبَّهَ مالو غَرَّةً بِحُرِّيَّةِ أُمَةٍ . والثاني : لا يَرْجِعْ ؛ لأنَّ التَّلَفَّ كان في يَدِهِ ، فاستَقَرَّ الضَّمَانُ عليه . وإن رِيحَ في المال ، فالرَّيْحُ لِلْمَالِكِ ، ولا شَيْءَ لِلْمُضَارِبِ الأول ؛ لأنَّه لم يُوَجِّدْ منه مالٌ ولا عَمَلٌ . وهل للثاني أَجْرٌ مثله ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، له ذلك ؛ لأنَّه عَمِلَ في مالٍ غيره بِعَوَضٍ لم يُسَلِّمْ له ، فكان له أَجْرٌ مثله ، كالمُضَارَبَةِ الفاسِدَةِ . والثانية ، لا شَيْءَ له ؛ لأنَّه عَمِلَ في مالٍ غيره بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فلم يَسْتَحِقِّ لذلك عَوَضًا ، كَالْغَاصِبِ . وفارَقَ المُضَارَبَةَ ؛ لأنَّه عَمِلَ في مالِهِ بِإِذْنِهِ . وسواءٌ اشْتَرَى بِعَيْنِ المالِ أو في الذِّمَّةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إذا اشْتَرَى في الذِّمَّةِ يَكُونُ الرَّيْحُ له ، لأنَّه رَبَحَ فيما اشْتَرَاهُ في ذِمَّتِهِ ممَّا لم يَقَعِ^(٣٩) الشُّرَاءُ فيه لغيرِهِ ، فأشَبَّهَ مالو لم يَنْقُذِ الثَّمَنَ من مالِ رَبِّ المالِ . قال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : هذا قولُ أَكْثَرِهِمْ . يعني قولَ مالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وأبَى حَنِيفَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إن كان عَالِمًا بالحال ، فلا شَيْءَ لِلْعَامِلِ ، كَالْغَاصِبِ ، وإن جَهِلَ الحال ، فله أَجْرٌ مثله ، يَرْجِعُ به على المُضَارِبِ الأول ؛ لأنَّه غَرَّةٌ ، واستَعْمَلَهُ بِعَوَضٍ لم يَحْصُلْ له ، فَوَجَبَ أَجْرُهُ عليه ، كما لو اسْتَعْمَلَهُ في مالِ نَفْسِهِ . وقال القاضِي : إن اشْتَرَى بِعَيْنِ المالِ ، فالشُّرَاءُ باطلٌ . وإن كان اشْتَرَى في الذِّمَّةِ ، ثُمَّ نَقَذَ المالَ ، وكان قد شَرَطَ رَبُّ المالِ لِلْمُضَارِبِ النِّصْفَ ، فدَفَعَهُ المُضَارِبُ إلى آخَرَ ، على أن يَكُونَ لِرَبِّ المالِ النِّصْفُ ، والنِّصْفُ الآخَرُ بينهما ؛ فهو على ما اتَّفَقُوا عليه ؛ لأنَّ رَبَّ المالِ رَضِيَ بِنِصْفِ^(٤٠) الرَّيْحِ ، فلا يَدْفَعُ إليه أَكْثَرَ منه ، والعاملانِ على ما اتَّفَقَا عليه . وهذا قولٌ قَدِيمٌ لِلشَّافِعِيِّ . وليس هذا مُوَافِقًا لأُصُولَ المَذْهَبِ ، ولا لِنَصِّ أَحْمَدَ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ قال : لا يَطِيبُ الرَّيْحُ لِلْمُضَارِبِ . ولأنَّ المُضَارِبَ الأولَ ليس له عَمَلٌ ولا مالٌ ، ولا يَسْتَحِقُّ الرَّيْحَ في المُضَارَبَةِ إلَّا بِوَأْجِدٍ مِنْهُمَا ، والعاملُ الثاني عَمِلَ في مالٍ غيره بِغَيْرِ إِذْنِهِ ولا شَرِطَهُ ، فلم يَسْتَحِقِّ ما شَرَطَهُ^(٤١) له غيره ، كما لو دَفَعَهُ إليه الغَاصِبُ

(٣٩) في ١ ، ب ، م زيادة : « في » .

(٤٠) في الأصل : « بالنصف من » .

(٤١) في الأصل : « شرط » .

مُضَارَبَةً ، ولأنَّه إذا لم يَسْتَحَقَّ ما شَرَطَهُ له رَبُّ المَالِ في المُضَارَبَةِ الفاسِدَةِ ، فما شَرَطَهُ له
غَيْرُهُ بغيرِ إِذْنِهِ أَوْلَى .

١٥٠/٤ **فصل :** وإنْ أَذِنَ رَبُّ المَالِ في دَفْعِ / المَالِ مُضَارَبَةً ، جَازَ ذلك . نَصَّ عليه أَحْمَدُ . ولا
تَعْلَمُ فيه خِلَافًا . ويكونُ العَامِلُ الأَوَّلُ وَكَيْلًا لِرَبِّ المَالِ في ذلك . فإذا دَفَعَهُ إلى آخَرَ ، ولم
يَشْرُطْ لِنَفْسِهِ شَيْئًا من الرِّبْحِ ، كان صَحِيحًا . وإنْ شَرَطَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا من الرِّبْحِ ، لم
يَصِحَّ ؛ لأنَّه ليس من جِهَتِهِ مَالٌ ولا عَمَلٌ ، والرِّبْحُ إِنَّمَا يَسْتَحَقُّ بواحدٍ منهما . وإنْ قال :
اعْمَلْ بِرَأْيِكَ ، أو بما أَرَاكَ اللهُ . جَازَ له دَفْعُهُ مُضَارَبَةً . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه قد يَرى أنْ يَدْفَعَهُ
إلى أَبْصَرٍ منه . وَيَحْتَمِلُ أنْ لا يَجُوزَ له ذلك ؛ لأنَّ قَوْلَهُ : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ . يَعْنِي في كَيْفِيَّةِ
المُضَارَبَةِ والْبَيْعِ والشِّرَاءِ وأنواعِ التَّجَارَةِ ، وهذا يَخْرُجُ به عن المُضَارَبَةِ ، فلا يَتَنَوَّلُهُ
إِذْنُهُ .

فصل : وليس له أنْ يَخْلُطَ مَالَ المُضَارَبَةِ بِمَالِهِ ، فإنْ فَعَلَ ولم يَتَمَيَّزْ ، ضَمِنَهُ ؛ لأنَّه
أَمَانَةٌ ، فهو ^(٤٢) كالْوَدِيعَةِ . فإنْ قال له : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ . جَازَ ^(٤٣) ذلك . وهو قولُ
مَالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، وأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وقال الشَّافِعِيُّ : ليس له ذلك . وعليه الضَّمَانُ إنْ
فَعَلَهُ ؛ لأنَّ ذلك ليس من التَّجَارَةِ . ولنا ، أنَّه قد يَرى الخَلْطَ أَصْلَحَ له ، فَيَدْخُلُ في
قَوْلِهِ : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ . وهكذا القولُ في المُشَارَكَةِ به ليس له فِعْلُهَا ، إلَّا أنْ يَقُولَ : اعْمَلْ
بِرَأْيِكَ . فَيَمْلِكُهَا .

فصل : وليس له أنْ يَشْتَرِيَ خَمْرًا ولا خِنْزِيرًا ، سواءً كانا مُسْلِمَيْنِ أو كان أَحَدُهُما
مُسْلِمًا والآخَرُ ذِمِّيًّا ، فإنْ فَعَلَ ، فعليه الضَّمَانُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ :
إنْ كان العَامِلُ ذِمِّيًّا صَحَّ شِرَاؤُهُ لِلْخَمْرِ ، وَيَبِيعُهُ إِيَّاهَا ؛ لأنَّ المِلْكَ عنده يَنْتَقِلُ إلى
الوَكِيلِ ، وَحُقُوقُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ به . وقال أبو يوسُفَ ومُحَمَّدٌ : يَصِحُّ شِرَاؤُهُ إِيَّاهَا ؛ لأنَّ

(٤٢) في ١ ، ب ، م ، هـ : فهي « .

(٤٣) في م زيادة : « له » .

الْمَلِكُ فِيهَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَكِيلِ ، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَا لَيْسَ بِمِلْكٍ لَهُ^(٤٤) ، وَلَا لِمُوكِلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْعَامِلُ مُسْلِمًا ، فَقَدْ اشْتَرَى خَمْرًا ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ خَمْرًا وَلَا يَبِيعَهُ ، وَإِنْ كَانَ ذِمِّيًّا ، فَقَدْ اشْتَرَى لِلْمُسْلِمِ مَا لَا يَصِحُّ أَنْ يَمْلِكَهُ ابْتِدَاءً ، فَلَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى الْخَنْزِيرَ ، وَلَأنَّ الْحَمْرَ مُحَرَّمَةٌ ، فَلَا يَصِحُّ شِرَاؤها له ، كَالْخَنْزِيرِ وَالْمَيْتَةِ ، وَلَأنَّ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لَا يَجُوزُ شِرَاؤُهُ ، كَالْمَيْتَةِ وَالْدِّمِ . وَكُلُّ مَا جَازَ فِي الشَّرِكَةِ ، جَازَ فِي الْمُضَارَبَةِ ، وَمَا جَازَ فِي الْمُضَارَبَةِ ، جَازَ فِي الشَّرِكَةِ ، وَمَا مَنَعَ مِنْهُ فِي إِحْدَاهُمَا^(٤٥) مَنَعَ مِنْهُ فِي الْأُخْرَى^(٤٦) ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ شَرِكَةً ، وَمَبْنَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْأَمَانَةِ .

٨٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا ضَارَبَ لِرَجُلٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُضَارَبَ لِآخَرَ ، إِذَا كَانَ فِيهِ ضَرَرٌّ عَلَى الْأَوَّلِ . فَإِنْ فَعَلَ ، وَرَبِحَ ، رَدَّهُ فِي شَرِكَةِ الْأَوَّلِ)

وجملة ذلك أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ مِنْ إِنْسَانٍ^(١) مُضَارَبَةً ، ثُمَّ أَرَادَ أَخَذَ مُضَارَبَةً أُخْرَى^(٢) مِنْ آخَرَ ، فَأَذِنَ لَهُ الْأَوَّلُ ، جَازَ . وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ^(٣) ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ / ضَرَرٌّ ، جَازَ أَيْضًا ، ١٥٠/٤ ظ
بِغَيْرِ خِلَافٍ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌّ عَلَى رَبِّ الْمَالِ الْأَوَّلِ^(٤) ، وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ^(٥) ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ الثَّانِي كَثِيرًا يَحْتَاجُ^(٦) أَنْ يَقْطَعَ زَمَانُهُ ، وَيَشْغُلَهُ عَنِ التَّجَارَةِ فِي الْأَوَّلِ ، أَوْ يَكُونَ^(٧)

(٤٤) سقط من : ب .

(٤٥) في ا ، ب ، م : « أَحَدُهُمَا » .

(٤٦) في الأصل : « الْآخَر » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٦) في م زيادة : « إِلَى » .

(٧) في ا ، ب ، م : « وَيَكُونَ » .

المال الأول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته ، لم يَجْزُ له ذلك . وقال أكثر الفقهاء : يجوز ؛ لأنه عقد لا يملك به منافع كلها ، فلم يمنع من المضاربة ، كما لو لم يكن فيه ضرر ، وكالأجير المشترك . ولنا ، أن المضاربة على الحظ والثمن ، فإذا فعل ما يمنعه ، لم يكن له ، كما لو أراد التصرف بالعين ، وفارق ما لا ضرر فيه . فعلى هذا إذا فعل وربح ، رد الربح في شركة الأول ، ويقتسمانه ، فلينظر^(٨) ما ربح في المضاربة الثانية ، فيُدفع إلى رب المال منها نصيبه ، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح ، فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى ، ويقاسمه لرب^(٩) المضاربة الأولى ؛ لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد الأول ، فكان بينهما ، كربح المال الأول . فأما حصة رب المال الثاني من الربح ، فتُدفع إليه ؛ لأن العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ، ولأننا لو ردذنا ربح الثاني كله في الشركة الأولى ، لأختص الضرر برب المال الثاني ، ولم يلحق المضارب شيء من الضرر ، والعدوان منه ، بل ربما انتفع إذا كان قد شرط الأول النصف والثاني الثلث ، ولأنه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية ، أو بصحتها ، فإن كانت فاسدة ، فالربح كله لرب المال ، وللمضارب أجر مثله ، وإن حكمتا بصحتها ، وجب صرف حصة رب المال إليه بمقتضى العقد وموجب الشرط . والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الأولى من ربح^(١٠) الثانية شيئا ؛ لأنه إنما يستحق بمال أو عمل ، وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل . وتعدى المضارب إنما كان بترك العمل ، واشتغاله عن المال الأول ، وهذا لا يوجب عوضا ، كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه ، أو أجر نفسه ، أو ترك التجارة للعب ، أو اشتغال بعلم ، أو غير ذلك . ولو أوجب عوضا ، لأوجب شيئا مقدرا ، لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني . والله أعلم .

(٨) في الأصل ، ب : : ينتظر .

(٩) في م : : رب .

(١٠) في الأصل ، م : : رب .

فصل : وإن دَفَعَ إليه مُضَارِبَةٌ ، واشتَرَطَ النَّفَقَةَ ، فكلَّمَهُ رَجُلٌ في أن يأخذَ له بِضَاعَةً أو مُضَارِبَةً ، ولا ضَرَرَ فيها . فقال أحمدُ : إذا اشتَرَطَ النَّفَقَةَ ، صارَ أَجِيرًا له ، فلا يأخذُ من أحدٍ بِضَاعَةً ، فإنَّها تَشْعَلُهُ عن المال الذي يُضَارِبُ به . قيل : فإن كانت لا تَشْعَلُهُ ؟ فقال : ما يُعْجِبُنِي أن يكونَ إلَّا بإذنِ صاحبِ المُضَارِبَةِ ، فإنَّه لا بُدَّ من شُغْلٍ . وهذا ، والله أعلم ، على / سَبِيلِ الاستِحْبَابِ . وإن فَعَلَ ، فلا شَيْءَ عليه ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على رَبِّ المُضَارِبَةِ فيه .

١٥١/٤ و

فصل : وإن أخذَ من رَجُلٍ مُضَارِبَةً ، ثم أخذَ من آخَرَ بِضَاعَةً ، أو عَمِلَ في مالِ نَفْسِهِ ، أو اتَّجَرَ ^(١١) فيه ، فَرُبَّحُهُ في مالِ البِضَاعَةِ لِصَاحِبِهَا ، وفي مالِ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ .

فصل : إذا أخذَ من رَجُلٍ مائةَ قَرَضًا ، ثم أخذَ من آخَرَ مِثْلَهَا ، واشتَرَى بِكُلِّ مائةٍ عَبْدًا ، فاختَلَطَ الْعَبْدَانِ ، ولم يَتَمَيَّزَا ، فإنَّهما يَصْطَلِحَانِ عليهما . كما لو كانت لِرَجُلٍ حِنْطَةٌ ، فانتقلتَ عليها ^(١٢) أُخْرَى . وذكرَ القاضي في ذلك وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ فيهما ، كما لو اشتَرَكَا في عَقْدِ الْبَيْعِ ، فَبَيَّاعَانِ ، وَيُقَسَّمُ بينهما ، فإن كان فيهما رِبْحٌ دَفَعَ إلى العَامِلِ حِصَّتَهُ ، والباقي بينهما نَصْفَيْنِ ^(١٣) . والثاني ، يَكُونَانِ لِلْعَامِلِ ، وعليه أَدَاءُ رَأْسِ الْمَالِ ، والرَّبْحُ له والخُسْرَانُ عليه . وللشافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كالوَجْهَيْنِ . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ مِلْكَ كُلِّ واحدٍ منهما ثابتٌ في أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ ، فلا يُزُولُ بالاشتِباهِ عن جَمِيعِهِ ، ولا عن بعضِهِ ، بغيرِ رِضاهُ ، كما لو لم يَكُونَا في يَدِ الْمُضَارِبِ ، ولأنَّنا لو جَعَلْنَاهُمَا لِلْمُضَارِبِ ، أدَّى إلى أن يكونَ تَقْرِيطُهُ سَبَبًا لِانْفِرَادِهِ بِالرَّبْحِ ، وَحِرْمَانِ الْمُتَعَدِّي عليه ، وَعَكْسُ ذَلِكَ أَوْلَى ، وإن جَعَلْنَاهُمَا شَرِيكَيْنِ ، أدَّى إلى أن يأخذَ أَحَدُهُمَا رِبْحَ مالِ الْآخَرِ بغيرِ رِضاهُ ؛ وليس له فيه مالٌ ولا عَمَلٌ .

(١١) في ١ : د واتجر .

(١٢) في ب ، م : د عليه .

(١٣) أى : وجعل الباقي بينهما نصفين .

فصل : إذا تَعَدَّى الْمُضَارِبُ ، وَفَعَلَ مَا لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ ، أَوْ اشْتَرَى شَيْئًا نُهِيَ عَنْ شِرَائِهِ ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْمَالِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُويَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَحَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ ، وَأَبِي قِلَابَةَ ، وَنَافِعٍ ، وَإِيَّاسٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالْحَكَمِيِّ ، وَحَمَّادٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا ضَمَانَ عَلَى مَنْ شُورِكَ فِي الرَّبْحِ . وَرُويَ مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ وَالزُّهْرِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَالْغَاصِبِ . وَلَا نَقُولُ بِمُشَارَكَتِهِ فِي الرَّبْحِ ، فَلَا يَتَنَاوَلُهُ قَوْلُ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَمَتَى اشْتَرَى مَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ ^(١٤) فِيهِ ، فَرِبَحٌ فِيهِ ، فَالرَّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو قِلَابَةَ ، وَنَافِعٌ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُمَا يَتَصَدَّقَانِ بِالرَّبْحِ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالْحَكَمِيُّ ، وَحَمَّادٌ . قَالَ الْقَاضِي : قَوْلُ أَحْمَدَ : يَتَصَدَّقَانِ بِالرَّبْحِ . عَلَى سَبِيلِ الْوَرَعِ ، وَهُوَ لِرَبِّ الْمَالِ فِي الْقَضَاءِ . وَهَذَا قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ . وَقَالَ إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ ، وَمَالِكٌ : الرَّبْحُ عَلَى مَا شَرَطَاهُ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ تَعَدَّى ، فَلَا يَمْنَعُ كَوْنُ الرَّبْحِ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ، كَمَا لَوْ لَيْسَ الثَّوْبُ ، أَوْ رَكَبٌ ^(١٥) ذَابَةً لَيْسَ لَهُ رُكُوبُهَا / . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ ، ثُمَّ تَقَدَّ الْمَالُ ، فَالرَّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ . وَإِنْ اشْتَرَى بَعَيْنِ الْمَالِ ، فَالشَّرَاءُ بَاطِلٌ ، فِي إِحْدَى الرَّوَاتِبَيْنِ . وَالْأُخْرَى هُوَ ^(١٦) مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَارَةِ الْمَالِكِ ، فَإِنْ أَجَارَهُ ، صَحَّ ، وَإِلَّا بَطُلَ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرَمِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرِ : لَمْ يَرَوْا أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِالرَّبْحِ إِلَّا حَنْبَلٌ . وَاحْتَجَّ أَحْمَدُ بِحَدِيثِ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ ، وَهُوَ مَا رَوَى أَبُو لَبِيدٍ ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ ، قَالَ : عَرَضَ لِلنَّبِيِّ ﷺ جَلَبٌ ، فَأَعْطَانِي دِينَارًا ، فَقَالَ : « عُرْوَةُ ، إِنَّتِ الْجَلَبُ ، فَاشْتَرِ لَنَا شَاةً » . فَأَتَيْتُ الْجَلَبَ ، فَسَاوَمْتُ صَاحِبَهُ ، فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بَدِينَارٍ ، فَجِئْتُ أَسْؤِفُهُمَا أَوْ أَقُودُهُمَا ، فَلَقَيْتَنِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ ، فَسَاوَمَنِي ، فَبِعْتُ مِنْهُ ^(١٧) شَاةً بِالْدِّينَارِ ، فَجِئْتُ بِالْدِّينَارِ وَالشَّاةِ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ

(١٤) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(١٥) في ا ، ب ، م : « وركب » .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في ب ، م : « منهما » .

الله ، هذا ديناركم ، وهذه شأئكم . قال : « وَكَيْفَ صَنَعْتَ ؟ » فَحَدَّثَهُ الْحَدِيثَ ، فقال : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ » . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ ^(١٨) . ولأنه نَمَاءُ مَالٍ غَيْرِهِ ، بغيرِ إِذْنِ مَالِكِهِ ، فكان لَمَالِكِهِ ، كما لو غَصَبَ حِنْطَةً فزَرَعَهَا . فَأَمَّا الْمُضَارِبُ ، ففيهِ رَوَاتَانِ ؛ إحداهما ، لا شيء له ؛ لأنَّهُ عَقَدَ عَقْدًا لم يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ ، فلم يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ ، كَالْعَاصِبِ . وهذا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . والثانية ، له أَجْرٌ ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ رَضِيَ بِالْبَيْعِ ، وَأَخَذَ الرَّبْحَ ، فَاسْتَحَقَّ الْعَامِلُ عَوَضًا ، كما لو عَقَدَهُ بِإِذْنِهِ ^(١٩) . وفي قَدْرِ الْأَجْرِ رَوَاتَانِ ؛ إحداهما ، أَجْرٌ مِثْلُهُ ، ما لم يُحِطْ بِالرَّبْحِ ؛ لأنَّهُ عَمِلَ مَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الْعَوَضَ ، ولم يُسَلِّمْ لَهُ الْمُسَمَّى ، فكان له أَجْرٌ مِثْلُهُ ، كَالْمُضَارِبَةِ الْفَاسِدَةِ . والثانية ، له الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لأنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَقْلُ الْمُسَمَّى ، فَقَدْ رَضِيَ بِهِ ، فلم يَسْتَحِقَّ أَكْثَرَ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ الْأَقْلُ أَجْرَ الْمِثْلِ ، لم يَسْتَحِقَّ أَكْثَرَ مِنْهُ ؛ لأنَّهُ لم يَعْمَلْ مَا أَمَرَ ^(٢٠) بِهِ . وَإِنْ قَصَدَ الشَّرَاءَ لِنَفْسِهِ ، فلا أَجْرَ لَهُ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وقال القاضي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ نَقَدَ الْمَالَ ، فلا أَجْرَ لَهُ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ الْمَالِ ، فعلى رَوَاتَيْنِ .

فصل : وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه ؛ من نشر الثوب ، وطيه ، وعرضه على المشتري ، ومساومته ، وعقد البيع معه ، وأخذ الثمن ، وانتقاده ، وشد الكيس ، وختمه ، وإخراجه في الصندوق ، ونحو ذلك . ولا أَجْرَ لَهُ ^(٢١) عليه ؛ لأنَّهُ مُسْتَحَقٌّ لِلرَّبْحِ فِي مُقَابَلَتِهِ . فَإِنْ اسْتَأْجَرَ مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ ، فالأَجْرُ عَلَيْهِ خَاصَّةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ عَلَيْهِ . فَأَمَّا مَا لَا يَلِيهِ ^(٢٢) رَبُّ الْمَالِ ^(٢٣) فِي الْعَادَةِ ؛

(١٨) تقدم تحريجه في : ٦ / ٢٩٥ .

(١٩) في ١ ، ب ، م ، : « بِإِذْنِ » .

(٢٠) في م : « رَضِيَ » .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢-٢٣) في م : « العامل » .

مثل التَّدَاءِ عَلَى الْمَتَاعِ ، وَنَقْلَهُ إِلَى الْحَانِ ، فَلَيْسَ عَلَى الْعَامِلِ عَمَلُهُ ، وَلَهُ أَنْ يَكْتَرِيَ مَنْ يَعْمَلُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي الْمُضَارَبَةِ غَيْرُ مَشْرُوطٍ / ، لِمَشَقَّةِ اشْتِرَاطِهِ ، ١٥٢/٤ فَرُجِعَ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ . فَإِنْ فَعَلَ الْعَامِلُ مَا لَا يَلْزَمُهُ فَعَلُهُ مُتَبَرِّعًا ، فَلَا أَجْرَ لَهُ . وَإِنْ فَعَلَهُ لِيَأْخُذَ عَلَيْهِ أَجْرًا ، فَلَا شَيْءَ لَهُ أَيْضًا ، فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ . وَخَرَجَ أَصْحَابُنَا وَجْهًا ، أَنَّ لَهُ الْأَجْرَ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرِيكِ إِذَا انفَرَدَ بِعَمَلٍ لَا يَلْزَمُهُ ، هَلْ لَهُ أَجْرٌ لَذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَهَذَا مِثْلُهُ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ عَمَلًا لَمْ يُجْعَلْ لَهُ فِي مُقَابَلَتِهِ شَيْءٌ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، كَالْأَجْنَبِيِّ .

فصل : وَإِذَا سُرِقَ مَالُ الْمُضَارَبَةِ أَوْ غُصِبَ ، فَلِلْمُضَارِبِ ^(٢٣) طَلَبُهُ ، وَالْمُخَاصَمَةُ فِيهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، لَيْسَ لَهُ ^(٢٤) ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ عَقْدٌ عَلَى التَّجَارَةِ ، فَلَا تَدْخُلُ فِيهِ الْخُصُومَةُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي حِفْظَ الْمَالِ ، وَلَا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلَّا بِالْخُصُومَةِ وَالْمُطَالَبَةِ ، سَيِّمًا إِذَا كَانَ غَائِبًا عَنْ رَبِّ الْمَالِ ، إِمَّا لِسَفَرِ الْمُضَارِبِ ، أَوْ رَبِّ الْمَالِ ، فَإِنَّهُ لَا مُطَالِبَ ^(٢٥) بِهِ ^(٢٦) إِلَّا الْمُضَارِبُ ، فَإِنْ تَرَكَهُ ضَاعَ . فَعَلَى هَذَا إِنْ تَرَكَ الْخُصُومَةَ وَالطَّلَبَ بِهِ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، غَرِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ ضَيَّعَهُ وَقَرَطَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ رَبُّ الْمَالِ حَاضِرًا ، وَعَلِمَ الْحَالَ ، لَمْ يَلْزَمْ الْعَامِلَ طَلَبُهُ ، وَلَا يَضْمَنُهُ إِذَا تَرَكَهُ ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ وَكِيلِهِ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى لِلْمُضَارَبَةِ عَبْدًا ، فَقَتَلَهُ عَبْدٌ لغيرِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ ، فَلَا تُرَى إِلَى رَبِّ الْمَالِ ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَرَ ، وَإِنْ شَاءَ عَفَا عَلَى غَيْرِ مَالٍ ، وَتَبْطُلُ الْمُضَارَبَةُ فِيهِ ؛ لَذَهَابِ رَأْسِ الْمَالِ . وَإِنْ شَاءَ عَفَا عَلَى مَالٍ ، فَإِنْ عَفَا عَلَى ^(٢٧) مِثْلِ رَأْسِ الْمَالِ ، أَوْ أَقَلِّ ،

(٢٣) فِي م : « فَعَلَى الْمُضَارِبِ » .

(٢٤) فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٢٥) فِي م : « يَطَالِبُ » .

(٢٦) فِي م : « لَهُ » .

(٢٧) فِي م زِيَادَةً : « مَالٍ » .

أَوْ أَكْثَرَ ، فَالْمُضَارِبَةُ بِحَالِهَا ، وَالرَّيْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى شَرْطِهُمَا ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ بَدَلَ عَنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَجَدَ بَدْلَهُ بِالْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ فِي الْعَبْدِ رَيْحٌ ، فَالْقَصَاصُ إِلَيْهِمَا ، وَالْمُصَالَحَةُ كَذَلِكَ ؛ لَكُونَهُمَا شَرِيكَيْنِ فِيهِ . وَالْحُكْمُ فِي انْفِصَاحِ الْمُضَارِبَةِ وَبَقَائِهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

٨٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ رَيْحٌ حَتَّى يَسْتَوْفَى رَأْسَ الْمَالِ)

يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ أَخْذَ شَيْءٍ مِنَ الرَّيْحِ حَتَّى يُسَلِّمَ رَأْسَ الْمَالِ إِلَى رَبِّهِ ، وَمَتَى كَانَ فِي الْمَالِ خُسْرَانٌ وَرَيْحٌ ، جُيِرَتِ الْوَضِيعَةُ مِنَ الرَّيْحِ ، سَوَاءً كَانَ الْخُسْرَانُ وَالرَّيْحُ فِي مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ ، أَوْ الْخُسْرَانُ فِي صَفْقَةٍ وَالرَّيْحُ فِي أُخْرَى ، أَوْ أَحَدُهُمَا فِي سَفَرَةٍ وَالْآخَرُ فِي أُخْرَى ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الرَّيْحِ هُوَ الْفَاضِلُ عَنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَمَا لَمْ يُفَضَّلْ فَلَيْسَ بِرَيْحٍ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ، وَأَمَّا مِلْكُ الْعَامِلِ لِتَصْيِيهِ مِنَ الرَّيْحِ بِمُجَرَّدِ الظُّهُورِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَثْبُتُ . هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي مَذْهَبًا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَاحْتَجَّ مَنْ لَمْ يَمْلِكْهُ بِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ لَخْتَصَّ بِرَيْحِهِ ، وَلَوْ جَبَّ أَنْ يَكُونَ شَرِيكًا لِرَبِّ الْمَالِ ، كَشَرِيكِي الْعَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ ، فَيَثْبُتُ مُقْتَضَاهُ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لَهُ جُزْءٌ مِنَ الرَّيْحِ ، فَإِذَا وَجَدَ يَجِبُ أَنْ يَمْلِكَهُ بِحُكْمِ الشَّرْطِ ، كَمَا يَمْلِكُ الْمُسَاقِي حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَرَةِ بِظُهُورِهَا ^(١) ، وَقِيَاسًا عَلَى كُلِّ شَرْطٍ صَحِيحٍ فِي عَقْدٍ ، وَلَئِنْ هَذَا الرَّيْحُ مَمْلُوكٌ ، فَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ مَالِكٍ ، وَرَبُّ الْمَالِ لَا يَمْلِكُهُ اتِّفَاقًا ، وَلَا تَثْبُتُ / أَحْكَامُ الْمِلْكِ فِي حَقِّهِ ، فَلَزِمَ أَنْ يَكُونَ لِلْمُضَارِبِ ، وَلَئِنْ يَمْلِكُ الْمُطَالِبَةَ بِالْقِسْمَةِ ؛ فَكَانَ مَالِكًا كَأَحَدِ شَرِيكِي الْعَيْنِ . وَلَا يَمْتَنِعُ ^(٢) أَنْ يَمْلِكَهُ ، وَيَكُونَ وَقَايَةً لِرَأْسِ ^(٣) الْمَالِ ، كَتَصْيِيْبِ رَبِّ ^(٤) الْمَالِ مِنَ الرَّيْحِ ، وَبِهَذَا امْتَنَعَ اخْتِصَاصُهُ بِرَيْحِهِ ، وَلَئِنْ

١٥٢/٤ ط

(١) فِي أ ، ب ، م : : لظهورها .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : : يَمْنَعُ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : : رَأْسُ .

(٤) فِي أ ، م : : رَأْسُ .

لو اختَصَّ برِبح نصيبه^(٥) لاستحقَّ من الربح أكثر ممَّا شرطَ له ، ولا يثبت بالشرط ما يُخالف مقتضاه . قال^(٦) أحمد : إذا وطئ المضارب جارية من المضاربة ، فإن لم يكن ظهر في المال ربح ، لم تكن أم ولده ، وإن ظهر فيه ربح ، فهي أم ولده . وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور .

فصل : وإذا دفع إلى رجل مائة مضاربة ، فحسِر عشرة ، ثم أخذ ربُّ المال منها عشرة ، فإن الحُسران لا ينقصُ به رأسُ المال ؛ لأنه قد يربحُ فيجبر الحُسران ، لكنَّه ينقصُ بما أخذه ربُّ المال ، وهي العشرة ، وقسطها من الحُسران ، وهو درهمٌ وتسعُ درهم ، ويبقى رأسُ المال ثمانينَ وثمانيةَ دراهمٍ وثمانيةَ أنساعٍ درهم . وإن كان أخذ نصفَ التسعين الباقية ، بقي رأسُ المال خمسينَ ؛ لأنه أخذ نصفَ المال ، فسقط نصفُ الحُسران . وإن كان أخذَ خمسينَ ، بقي أربعةٌ وأربعونَ وأربعةُ أنساعٍ . وكذلك إذا ربحَ المال ، ثم أخذ ربُّ المال بعضه ، كان ما أخذه من الربح ورأسُ المال ، فلو كان رأسُ المال مائة ، فربحَ عشرينَ ، فأخذها ربُّ المال ، لَبَقِيَ رأسُ المال ثلاثةً وثمانينَ وثلاثًا ؛ لأنه أخذ سدسَ المال ، فنقصَ رأسُ المال سدسَه ، وهو ستة عشرَ وثلاثينَ ، وحظها من الربح ثلاثةً وثلاث . ولو كان أخذَ ستينَ ، بقي رأسُ المال خمسينَ ؛ لأنه أخذ نصفَ المال ، فبقي نصفُ المال . وإن أخذَ خمسينَ ، بقي^(٧) ثمانيةً وخمسينَ وثلاثًا ؛ لأنه أخذ ربعَ المالِ وسدسَه ، فبقي ثلثه وربعه ، وهو ما ذكرنا . وإن أخذَ منه ستينَ ، ثم خسِرَ في الباقي فصارَ أربعينَ ، فردَّها ، كان له على ربِّ المال خمسةٌ ؛ لأنَّ ما أخذه ربُّ المال انفسخت فيه المضاربة ، فلا يجبر برِبحه حُسران ما بقي في يده ، لمفارقة إياه ، وقد أخذ من الربح عشرةً ، لأنَّ سدسَ ما أخذه ربح ، فكانت العشرة بينهما . وإن لم يردَّ الأربعينَ كُلِّها ، بل ردَّ منها إلى ربِّ المال عشرينَ ، بقي رأسُ المال خمسةً وعشرينَ .

فصل : إذا اشترى ربُّ المال من مال المضاربة شيئًا لنفسه ، لم يصح في إحدى

(٥) في ب : « نفسه » .

(٦) في م : « ثم قال » .

(٧) أى رأسُ المال .

الرَّوَاتِبَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَيَصِحُّ فِي الْأُخْرَى . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ حَقُّ الْمُضَارِبِ بِهِ ، فَجَازَ لَهُ شِرَاؤُهُ ، وَكَأَلَوْ اشْتَرَى مِنْ مُكَاتِبِهِ أَوْ مِنْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ الَّذِي عَلَيْهِ دَيْنٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَلَكَهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ ، كَشِرَائِهِ مِنْ وَكِيلِهِ وَعَبْدِهِ الْمَأْذُونِ الَّذِي لَا دَيْنَ عَلَيْهِ . وَفَارَقَ الْمُكَاتِبَ ؛ فَإِنَّ^(٨) السَّيِّدَ لَا يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ ، وَلِهَذَا لَا يُزَكِّيهِ ، وَلَهُ أَخْذُ مَا فِيهِ شَفْعَةً بِهَا . فَأَمَّا الْمَأْذُونُ لَهُ ، فَلَا يَصِحُّ شِرَاؤُ سَيِّدِهِ مِنْهُ بِحَالٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ إِذَا اسْتَعْرِقَتْهُ الدُّيُونُ ؛ لِأَنَّ الْعُرْمَاءَ يَأْخُذُونَ مَا فِي يَدِهِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ مَلِكَ السَّيِّدِ لَمْ يَزَلْ عَنْهُ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ أَخْذَهُ ، كَمَالِ الْمُفْلِسِ .

١٥٣/٤ / **فصل :** وَإِنْ اشْتَرَى الْمُضَارِبُ لِنَفْسِهِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ ، وَلَمْ يَظْهَرْ فِي الْمَالِ رِبْحٌ ، صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : الْبَيْعُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَلَكَ لغيرِهِ ، فَصَحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى الْوَكِيلُ مِنْ مُوَكَّلِهِ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ شَرِيكًا إِذَا ظَهَرَ رِبْحٌ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا^(٩) يُشَارِكُ رَبَّ الْمَالِ فِي الرِّبْحِ ، لَا فِي أَصْلِ الْمَالِ ، وَمَتَى ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ^(١٠) كَانَ شِرَاؤُهُ كَشِرَائِهِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ شَيْئًا ، بَطَلَ فِي قَدْرِ حَقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ ، وَهَلْ يَصِحُّ فِي حِصَّةِ شَرِيكِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَتَتَخَرَّجُ الصَّحَّةُ فِي الْجَمِيعِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ لِنَفْسِهِ . وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ حِصَّةَ شَرِيكِهِ مِنْهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَرِي مَلَكَ غَيْرِهِ . وَقَالَ أَحْمَدُ . فِي الشَّرِيكَيْنِ فِي الطَّعَامِ ، يُرِيدُ أَحَدُهُمَا بَيْعَ حِصَّتِهِ مِنْ صَاحِبِهِ : إِنْ لَمْ يَكُنَا يَعْلَمَانِ كَيْلَهُ فَلَا^(١١) بَأْسَ ، وَإِنْ عَلِمَا كَيْلَهُ فَلَا^(١٢) بُدَّ مِنْ كَيْلِهِ ، يَعْنِي أَنَّ مَنْ عَلِمَ مَبْلَغَ شَيْءٍ^(١٣) لَمْ يَبِعْهُ

(٨) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب ، م .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « الرِّبْح » .

(١١-١٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٢) فِي ١ ، ب ، م : « بَشَى » .

صَبْرَةٌ^(١٣) ، وإن بَاعَهُ إِيَّاهُ بِالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ ، جَازَ .

فصل : ولو اسْتَأْجَرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ صَاحِبِهِ دَارًا ، لِيَحْرَزَ فِيهَا مَالَ الشَّرِكَةِ أَوْ غَرَائِرَ ، جَازَ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ . وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِنَقْلِ الطَّعَامِ ، أَوْ غَلَامِهِ أَوْ ذَاتِيهِ ، فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّ مَا جَازَ أَنْ يَسْتَأْجَرَ لَهُ غَيْرَ الْحَيَوَانِ ، جَازَ أَنْ يَسْتَأْجَرَ لَهُ الْحَيَوَانُ ، كَمَا فِي الْأَجْنَبِيِّ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا تَجِبُ الْأَجْرَةُ فِيهِ إِلَّا بِالْعَمَلِ ، وَلَا يُمَكِّنُ إِيْفَاءُ الْعَمَلِ فِي الْمُسْتَشْرَكِ ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ الْمُسْتَأْجِرِ غَيْرُ مُتَمَيِّزٍ مِنْ نَصِيبِ الْمُؤْجِرِ ، فَإِذَا لَا تَجِبُ الْأَجْرَةُ ، وَالذَّارُ وَالْغَرَائِرُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِمَا^(١٤) . إِيْقَاعُ الْعَمَلِ ، إِنَّمَا تَجِبُ بِوَضْعِ الْعَيْنِ فِي الدَّارِ ، فَيُمْكِنُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ .

٨٣٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى سِلْعَتَيْنِ ، فَرَبِحَ فِي إِحْدَاهُمَا ، وَخَسِرَ فِي الْأُخْرَى ، جُبِرَتِ الْوَضِيعَةُ مِنَ الرَّبْحِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّهُ إِذَا دَفَعَ إِلَى الْمُضَارِبِ الْفَيْنِ ، فَاشْتَرَى بِكُلِّ الْفِ عَبْدًا ، فَرَبِحَ فِي أَحَدِهِمَا ، وَخَسِرَ فِي الْآخَرِ ، أَوْ تَلَفَ ، وَجَبَ جُبْرِ الْخُسْرَانِ مِنَ الرَّبْحِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُضَارِبُ شَيْئًا إِلَّا بَعْدَ كَمَالِ الْفَيْنِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، إِلَّا فِيمَا إِذَا تَلَفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ، فَإِنَّ أَصْحَابَهُ ذَكَرُوا فِيهِ وَجْهًا ثَانِيًا ، أَنَّ التَّالِفَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ أَحَدِ الْآلَفَيْنِ ، وَلَوْ تَلَفَ أَحَدُ الْآلَفَيْنِ ، كَانَ مِنْ^(١) رَأْسِ الْمَالِ ، فَكَذَلِكَ بَدَلُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَلَفَ بَعْدَ أَنْ دَارَ فِي الْقِرَاضِ ، وَتَصَرَّفَ فِي الْمَالِ بِالتَّجَارَةِ ، فَكَانَ تَلَفُهُ مِنْ^(٢) الرَّبْحِ ، كَمَا لَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ دِينَارًا وَاحِدًا ، فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَتَيْنِ ، وَلَا تَهْمَا سِلْعَتَانِ تُجْبَرُ خَسَارَةُ إِحْدَاهُمَا بِرَبْحِ الْأُخْرَى ، فَجُبِرَ تَلَفُهَا بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ دِينَارًا ، وَلَا تَهْمَا رَأْسُ مَالٍ وَاحِدٍ ، فَلَا

(١٣) فِي ب ، م ، زِيَادَةٌ : « يَبْعُهُ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، أ : « فِيهَا » .

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(٢) فِي ب : « فِي » .

يَسْتَحِقُّ الْمُضَارِبُ فِيهِ رِبْحًا حَتَّى يَكْمُلَ رَأْسُ الْمَالِ ، كَالَّذِي ذَكَرْنَا . فَأَمَّا إِنْ تَلَفَ أَحَدُ
الْأَلْفَيْنِ قَبْلَ الشَّرَاءِ بِهِ وَالتَّصَرُّفِ ^(٣) فِيهِ ، أَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ ، انْفَسَخَتِ الْمُضَارَبَةُ فِيمَا
تَلَفَ ، وَكَانَ رَأْسُ الْمَالِ الْبَاقِي خَاصَّةً . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ أَنَّ
التَّالِفَ مِنَ الرَّبْحِ وَرَأْسَ الْمَالِ / الْأَلْفَانِ مَعًا ؛ لِأَنَّ الْمَالَ إِنَّمَا يَصِيرُ ^(٤) قِرَاضًا بِالْقَبْضِ ، فَلَا
فَرْقَ بَيْنَ هَلَاقِهِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ وَبَعْدَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ هَلَكَ عَلَى جِهَتِهِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِيهِ ،
فَكَانَ رَأْسُ الْمَالِ الْبَاقِي ، كَمَا لَوْ تَلَفَ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَفَارَقَ مَا بَعْدَ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّهُ دَارَ فِي
التَّجَارَةِ ، وَشَرَعَ فِيمَا قَصِدَ بِالْعَقْدِ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الْمُؤَدِّيَةِ إِلَى الرَّبْحِ .

١٥٣/٤ ط

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفًا مُضَارَبَةً ، ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفًا آخَرَ مُضَارَبَةً ، وَأُذِنَ لَهُ فِي ضَمِّ
أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِي الْأَوَّلِ ، جَازَ ، وَصَارَ ^(٥) مُضَارَبَةً وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ
دَفَعَهُمَا إِلَيْهِ مَرَّةً وَاحِدَةً . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ التَّصَرُّفِ فِي الْأَوَّلِ فِي شِرَاءِ الْمَتَاعِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ
حُكْمَ الْأَوَّلِ اسْتَقَرَّ ، فَكَانَ رِبْحُهُ وَخُسْرَانُهُ مُحْتَصًا بِهِ ، فَضَمَّ الثَّانِي إِلَيْهِ يُوجِبُ جُبْرَانَ
خُسْرَانِ أَحَدِهِمَا بِرِبْحِ الْآخَرِ ، فَإِذَا شَرَطَ ذَلِكَ فِي الثَّانِي فَسَدَ . فَإِنْ نَضَّ الْأَوَّلُ ، جَازَ
ضَمُّ الثَّانِي إِلَيْهِ لِزَوَالِ هَذَا الْمَعْنَى . وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي ضَمِّ الثَّانِي إِلَى الْأَوَّلِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ
ذَلِكَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : لَهُ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
أَفْرَدَ كُلَّ وَاحِدٍ بِعَقْدِهِ ، فَكَانَا عَقْدَيْنِ لِكُلِّ عَقْدٍ حُكْمُ نَفْسِهِ ، وَلَا تُجْبَرُ وَضِيعَةٌ أَحَدِهِمَا
بِرِبْحِ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ نَهَاهُ عَنْ ذَلِكَ .

فصل : قَالَ الْأَثَرُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الْمُضَارِبِ بِرِبْحٍ ، وَيَضَعُ مِرَارًا .
فَقَالَ : يَرُدُّ الْوَضِيعَةَ عَلَى الرَّبْحِ ، إِلَّا أَنْ يَقْبِضَ الْمَالَ صَاحِبُهُ ، ثُمَّ يَرُدُّهُ إِلَيْهِ ، فَيَقُولُ :
اعْمَلْ بِهِ ثَانِيَةً . فَمَا رِبْحٌ بَعْدَ ذَلِكَ لَا تُجْبَرُ بِهِ وَضِيعَةُ الْأَوَّلِ ، فَهَذَا لَيْسَ فِي نَفْسِهِ مِنْهُ
شَيْءٌ ، وَأَمَّا مَا لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ ، فَحَتَّى يَخْتَسِبَا حِسَابًا كَالْقَبْضِ ، كَمَا قَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، قِيلَ :

(٣) فِي م : : وَالصَّرْفُ .

(٤) فِي أ ، ب ، م : : يَصِيرُ .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : : وَصَارَ .

وكيف يكون حساباً كالقبض ؟ قال^(٦) : يَظْهَرُ الْمَالُ . يعنى يَنْصُ وَيَجِىءُ ، فَيَحْتَسِبَانِ عليه ، وإن^(٧) شاءَ صَاحِبُ الْمَالِ قَبْضَهُ . قيل له : فَيَحْتَسِبَانِ عَلَى^(٨) الْمَتَاعِ ؟ فقال : لَا يَحْتَسِبَانِ إِلَّا عَلَى النَّاسِ ؛ لِأَنَّ الْمَتَاعَ قَدْ يَنْحَطُّ سِعْرُهُ وَيَرْتَفِعُ . قال أَبُو طَالِبٍ : قيل لأحمد : رَجُلٌ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً ، فَوَضِعَ^(٩) ، فَبَقِيََتْ أَلْفٌ ، فَحَاسِبُهُ صَاحِبُهَا ، ثُمَّ قَالَ لَهُ : اذْهَبْ فَاعْمَلْ بِهَا . فَرَبِحَ ؟ قَالَ : يُقَاسِمُهُ مَا فَوْقَ الْأَلْفِ . يعنى إذا كانت الألف ناضئة حاضرة ، إن شاءَ صَاحِبُهَا قَبْضَهَا . فهذا الْحِسَابُ الَّذِى كَالْقَبْضِ ، فَيَكُونُ أَمْرُهُ بِالْمُضَارَبَةِ بِهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ ابْتِدَاءً مُضَارَبَةٍ ثَانِيَةٍ ، كَمَا لَوْ قَبْضَهَا مِنْهُ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَيْهِ . فَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُضَارِبِ حَتَّى يُكْمَلَ عَشْرَةُ آلَافٍ ، وَلَوْ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ وَالْمُضَارِبَ اقْتَسَمَا الرَّبِيعَ ، أَوْ أَخَذَ أَحَدُهُمَا مِنْهُ شَيْئًا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ ، وَالْمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا ، ثُمَّ سَافَرَ الْمُضَارِبُ بِهِ ، فَخَسِرَ ، كَانَ عَلَى الْمُضَارِبِ رَدُّ مَا أَخَذَهُ مِنَ الرَّبِيعِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِرَبِيعٍ ، مَا لَمْ تَنْجَبِرِ الْخَسَارَةُ .

فصل : وَإِذَا قَارَضَ فِي مَرَضِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَتَّبِعِي بِهِ الْفَضْلَ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ . وَلِلْعَامِلِ مَا شَرَطَ لَهُ مِنَ / الرَّبِيعِ ، وَإِنْ زَادَ عَلَى شَرْطِ مِثْلِهِ ، وَلَا^(١٠) يَحْتَسِبُ بِهِ مِنْ ثُلْثِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ مِنْ مَالِ رَبِّ الْمَالِ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ بِعَمَلِ الْمُضَارِبِ فِي الْمَالِ ، فَمَا يُوجَدُ^(١١) مِنَ الرَّبِيعِ الْمَشْرُوطِ يَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْعَامِلِ ، بِخِلَافِ مَالِو حَاطِي الْأَجِيرِ فِي الْأَجْرِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَسِبُ بِمَا حَابَاهُ مِنْ ثُلْثِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ يُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِ . وَلَوْ شَرَطَ فِي الْمُسَاقَاةِ وَالْمُزَارَعَةِ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يَحْتَسِبَ بِهِ مِنْ ثُلْثِهِ ؛

(٦) في م : قالوا .

(٧) في ب ، م : فإن .

(٨) سقط من : ب .

(٩) في ا : فوضعت . ووضعت : خسر .

(١٠) في م : وإلا .

(١١) في الأصل : وجد .

لأنَّ الثَّمَرَ تَخْرُجُ عَلَى مِلْكَيْهِمَا^(١٢) ، كَالرَّيْحِ فِي الْمُضَارَبَةِ ، وَاحْتِمَالُ أَنْ يَكُونَ مِنْ ثُلَيْهِ ؛
لأنَّ الثَّمَرَ زِيَادَةٌ فِي مِلْكِهِ ، خَارِجَةٌ مِنْ^(١٣) عَيْنِهِ ، وَالرَّيْحُ لَا يَخْرُجُ مِنْ^(١٤) عَيْنِ الْمَالِ ،
إِنَّمَا يَحْصُلُ بِالتَّقْلِيلِ .

فصل : وَإِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ ، قَدَّمْنَا حِصَّةَ الْعَامِلِ عَلَى غُرْمَائِهِ ، وَلَمْ يَأْخُذُوا شَيْئًا مِنْ
نَصِيبِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الرَّيْحَ بِالظُّهُورِ ، فَكَانَ شَرِيكًا فِيهِ ، وَلَيْسَ لِرَبِّ الْمَالِ شَيْءٌ مِنْ
نَصِيبِهِ ، فَهُوَ كَالشَّرِيكِ بِمَالِهِ ، وَلأنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِ الْمَالِ دُونَ الذِّمَّةِ ، فَكَانَ مُقَدِّمًا ،
كَحَقِّ الْجَنَائَةِ ، وَلأنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَالِ قَبْلَ الْمَوْتِ ، فَكَانَ أَسْبَقَ ، كَحَقِّ الرُّهْنِ .

فصل : وَإِنْ مَاتَ الْمُضَارِبُ وَلَمْ يُعْرِفْ مَالُ الْمُضَارَبَةِ بِعَيْنِهِ ، صَارَ ذِمَّتًا فِي ذِمَّتِهِ ،
وَلِصَاحِبِهِ أَسْوَةُ الْغُرَمَاءِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ عَلَى الْمُضَارِبِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ^(١٥)
فِي ذِمَّتِهِ وَهُوَ حَتَّى شَيْءٌ ، وَلَمْ يُعْلَمْ حَدُوثُ ذَلِكَ بِالْمَوْتِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ قَدْ
هَلَكَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْمَالِ فِي يَدِهِ ، وَاحْتِلَاطُهُ بِجُمْلَةِ التَّرِكَةِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى
مَعْرِفَةِ^(١٦) عَيْنِهِ ، فَكَانَ ذِمَّتًا كَالْوَدِيعَةِ إِذَا لَمْ تُعْرِفْ عَيْنُهَا ، وَلأنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى إسْقَاطِ حَقِّ
رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يُعَارِضُ ذَلِكَ وَيُخَالِفُهُ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى إعْطَائِهِ
عَيْنًا^(١٧) مِنْ هَذَا الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ غَيْرِ مَالِ الْمُضَارَبَةِ ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا تَعَلُّقُهُ
بِالذِّمَّةِ .

٨٣٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا تَيَسَّرَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَدَّ يَدَهُ فَضْلًا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُ
شَيْءٍ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِ رَبِّ الْمَالِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الرَّيْحَ إِذَا ظَهَرَ فِي الْمُضَارَبَةِ ، لَمْ يَجُزْ لِلْمُضَارِبِ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِ

(١٢) فِي ١ : مِلْكُهُمَا .

(١٣) فِي م : عَنْ .

(١٤) فِي م زِيَادَةٌ : لَهُ .

(١٥) فِي ب : مَعْرِفَتُهُ .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

رَبِّ الْمَالِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا . وَإِنَّمَا لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ لِأُمُورٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الرَّبْحَ وَقَايَةُ لِرَأْسِ^(١) الْمَالِ ، فَلَا يَأْمَنُ الْخُسْرَانُ الَّذِي يَكُونُ هَذَا الرَّبْحُ جَابِرًا لَهُ ، فَيَخْرُجُ بِذَلِكَ عَنْ أَنْ يَكُونَ رِبْحًا . الثَّانِي ، أَنَّ رَبَّ الْمَالِ شَرِيكُهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مُقَاسَمَةٌ نَفْسِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ مِلْكَهُ عَلَيْهِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ؛ لِأَنَّهُ بَعَرَضٍ أَنْ يَخْرُجَ عَنْ يَدِهِ بِجُبْرَانِ خَسَارَةِ الْمَالِ . وَإِنْ أُذِنَ رَبُّ الْمَالِ فِي اخْتِذِ شَيْءٍ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا .

فصل : وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ الرَّبْحِ دُونَ رَأْسِ الْمَالِ ، وَأَبَى الْآخَرُ ، قُدِّمَ قَوْلُ الْمُتَنَبِّحِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَبُّ الْمَالِ ، فَلَأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ الْخُسْرَانُ فِي رَأْسِ الْمَالِ ، فَيَجْبِرُهُ بِالرَّبْحِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَامِلُ فَإِنَّهُ لَا يَأْمَنُ أَنْ يَلْزَمَهُ رَدُّ مَا أَخَذَ فِي وَقْتٍ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ . وَإِنْ ط ١٥٤/٤ تَرَاضِيَا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، / وَسَوَاءٌ اتَّفَقَا عَلَى قِسْمَةِ جَمِيعِهِ أَوْ بَعْضِهِ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْئًا مَعْلُومًا يَنْفَقُهُ . ثُمَّ مَتَى ظَهَرَ فِي الْمَالِ خُسْرَانٌ ، أَوْ تَلَفٌ كُلُّهُ ، لَزِمَ الْعَامِلُ رَدُّ أَقْلِ الْأُمْرَيْنِ مِمَّا أَخَذَهُ ، أَوْ نِصْفِ خُسْرَانِ الْمَالِ ، إِذَا اقْتَسَمَا الرَّبْحَ نِصْفَيْنِ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَجُوزُ الْقِسْمَةُ حَتَّى يَسْتَوْفَى رَبُّ الْمَالِ مَالَهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : إِذَا اقْتَسَمَا الرَّبْحَ ، وَلَمْ يَقْبِضْ رَبُّ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ ، فَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ : يَرُدُّ الْعَامِلُ الرَّبْحَ حَتَّى يَسْتَوْفَى رَبُّ الْمَالِ مَالَهُ . وَلَنَا ، عَلَى جَوَازِ الْقِسْمَةِ ، أَنَّ الْمَالَ لهُمَا ، فَجَازَ لهُمَا أَنْ يَقْتَسِمَا بَعْضَهُ ، كَالشَّرِيكَيْنِ . أَوْ نَقُولُ : إِنَّهُمَا شَرِيكَانِ ، فَجَازَ لهُمَا قِسْمَةُ الرَّبْحِ قَبْلَ الْمُفَاصَلَةِ ، كَشَرِيكَي الْعِنَانِ .

فصل : وَالْمُضَارَبَةُ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ ، تَنْفَسَخُ بِفَسْخِ أَحَدِهِمَا ، أَيُّهَا كَانَ ، وَبِمَوْتِهِ ، وَجُنُونِهِ ، وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ لِسْفِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ ، فَهُوَ كَالْوَكِيلِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ وَبَعْدَهُ . فَإِذَا انْفَسَخَتْ وَالْمَالُ نَاضٍ لَا رِبْحَ فِيهِ ، أَخَذَهُ رَبُّهُ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ ، قَسَمَا الرَّبْحَ عَلَى مَا شَرَطَاهُ . وَإِنْ انْفَسَخَتْ وَالْمَالُ

(١) فِي الْأَصْلِ : رَأْسٌ ، .

عَرْضٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى بَيْعِهِ أَوْ قَسَمِهِ ^(٢) ، جازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما ، لَا يُعَدُّوهُما . وَإِنْ طَلَبَ الْعَامِلُ الْبَيْعَ ، وَأَبَى رَبُّ الْمَالِ ، وَقَدْ ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِنَجٌ ، أُجِبَ رَبُّ الْمَالِ عَلَى الْبَيْعِ . وَهَذَا ^(٣) قَوْلُ إِسْحَاقَ وَالثَّوْرِيِّ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْعَامِلِ فِي الرَّبَجِ ، وَلَا يَظْهَرُ إِلَّا بِالْبَيْعِ . وَإِنْ لَمْ يَظْهَرِ رِنَجٌ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ ، وَقَدْ رَضِيَهِ مَالِكُهُ كَذَلِكَ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى بَيْعِهِ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يُجْبَرْ عَلَى الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا زَادَ فِيهِ زَائِدٌ ، أَوْ رَغِبَ فِيهِ رَاغِبٌ ، فَزَادَ عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ ، فَيَكُونُ لِلْعَامِلِ فِي الْبَيْعِ حَقٌّ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا اسْتَحَقَّ ^(٤) الرَّبَجَ إِلَى حِينِ الْفَسْخِ ، وَذَلِكَ لَا يُعْلَمُ إِلَّا بِالتَّقْوِيمِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ إِذَا غَرَسَ أَوْ بَنَى ، أَوْ الْمُشْتَرِيَ ، كَانَ لِلْمُعِيرِ وَالشَّافِعِ أَنْ يَدْفَعَا قِيمَةَ ذَلِكَ ، لِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ لِلْأَرْضِ ، فَهُنَا أَوْلَى . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ اخْتِمَالِ الزِّيَادَةِ ، بِزِيَادَةِ مُزَايِدٍ أَوْ رَاغِبٍ عَلَى قِيمَتِهِ ، فَإِنَّمَا حَدَثَ ذَلِكَ بَعْدَ فُسْخِ الْعَقْدِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّهَا الْعَامِلُ . وَإِنْ طَلَبَ رَبُّ الْمَالِ الْبَيْعَ ، وَأَبَى الْعَامِلُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُجْبَرُ الْعَامِلُ عَلَى الْبَيْعِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ رَدَّ الْمَالِ نَاضِئًا كَمَا أَخَذَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يُجْبَرُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ رِنَجٌ ، أَوْ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الرَّبَجِ ؛ لِأَنَّهُ بِالْفَسْخِ زَالَ تَصَرُّفُهُ ، وَصَارَ أَجْنَبِيًّا مِنَ الْمَالِ ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ إِذَا اشْتَرَى مَا يُسْتَحَقُّ رَدُّهُ ، فَرَأَتْ وَكَالَتْهُ قَبْلَ رَدِّهِ . وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ دَنَانِيرَ ، فَصَارَ دَرَاهِمَ ، ^(٥) أَوْ دَرَاهِمَ فَصَارَ دَنَانِيرَ ، فَهُوَ كَأَلَوْ كَانَ عَرْضًا ، عَلَى مَا شَرَحَ . وَإِذَا نَضَّ رَأْسُ الْمَالِ جَمِيعُهُ ، لَمْ يَلْزَمْ الْعَامِلُ أَنْ يَنْضَ لَهُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ شَرِكَةٌ بَيْنَهُمَا ، وَلَا يَلْزَمُ الشَّرِيكَ أَنْ يَنْضَ مَالَ شَرِيكِهِ ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَهُ أَنْ يَنْضَ رَأْسَ الْمَالِ ، لِيَرُدَّ إِلَيْهِ ^(٦) رَأْسَ مَالِهِ عَلَى صِفَتِهِ ، وَلَا يُوجَدُ هَذَا الْمَعْنَى فِي الرَّبَجِ .

(٢) فِي ١ : قَسَمَتِهِ .

(٣) فِي م : وَهُوَ .

(٤) فِي ١ : يَسْتَحَقُّ .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل : وإنْ انْفَسَخَ الْقِرَاضُ ، وَالْمَالُ ذَيْنٌ ، لَزِمَ الْعَامِلُ تَقَاضِيَهُ ، سِوَاءَ /ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ أَوْ لَمْ يَظْهَرْ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ ظَهَرَ رِبْحٌ ، لَزِمَهُ تَقَاضِيَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ رِبْحٌ ، لَمْ يَلْزَمْهُ تَقَاضِيَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا غَرَضَ لَهُ فِي الْعَمَلِ ، فَهُوَ كَالْوَكِيلِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَقْتَضِي رَدَّ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى صِفَتِهِ ، وَالذَّيْنُ لَا تَجْرَى مَجْرَى النَّاسِ ، فَلَزِمَهُ أَنْ يَنْصَحَهُ ، كَمَا لَوْ ظَهَرَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ ، وَكَأَلَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ غَرَضًا . وَيُفَارِقُ الْوَكِيلَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ رَدُّ الْمَالِ كَمَا قَبَضَهُ ، وَهَذَا لَا يَلْزَمُهُ بَيْعُ الْعُرُوضِ ^(٧) . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْفَسْخِ مِنَ الْعَامِلِ أَوْ رَبِّ الْمَالِ ، فَإِنْ اقْتَضَى مِنْهُ قَدَرُ رَأْسِ الْمَالِ ، أَوْ كَانَ الذَّيْنُ قَدَرُ الرِّبْحِ ، أَوْ دُونَهُ ، لَزِمَ الْعَامِلُ تَقَاضِيَهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ نَصِيبَهُ مِنَ الرِّبْحِ عِنْدَ وُصُولِهِ إِلَيْهِمَا عَلَى وَجْهِ يُمْكِنُ قِسْمَتَهُ ، وَوُصُولُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى حَقِّهِ مِنْهُ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بَعْدَ تَقَاضِيهِ .

فصل : وَأَيُّ الْمُتَقَارِضَيْنِ مَاتَ أَوْ جُنَّ ، انْفَسَخَ الْقِرَاضُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ ، فَإِنْ انْفَسَخَ بَمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَجُنُونِهِ ، كَالْتَّوَكِيلِ . فَإِنْ كَانَ الْمَوْتُ أَوْ الْجُنُونُ بِرَبِّ الْمَالِ ، فَأَرَادَ الْوَارِثُ أَوْ وَلِيُّهُ إِتِمَامَهُ ، وَالْمَالُ نَاضٍ ، جَازٍ ، وَيَكُونُ رَأْسُ الْمَالِ وَحِصَّتُهُ مِنَ الرِّبْحِ رَأْسَ الْمَالِ ، وَحِصَّةُ الْعَامِلِ مِنَ الرِّبْحِ شَرَكَةً لَهُ مُشَاعٌ ^(٨) . وَهَذِهِ الْإِشَاعَةُ لَا تَمْنَعُ ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ هُوَ الْعَامِلُ ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ . وَإِنْ كَانَ الْمَالُ غَرَضًا وَأَرَادُوا إِتِمَامَهُ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ جَوَازُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ : إِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ ، لَمْ يَجْزِ لِلْعَامِلِ أَنْ يَبِيعَ وَلَا يَشْتَرِيَ ^(٩) إِلَّا بِإِذْنِ الْوَرِثَةِ . فَظَاهِرُ هَذَا بَقَاءُ الْعَامِلِ عَلَى قِرَاضِهِ ، وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِتِمَامٌ لِلْقِرَاضِ ^(١٠) لَا ابْتِدَاءٌ لَهُ ، وَلِأَنَّ الْقِرَاضَ إِنَّمَا مَنَعَ مِنْهُ ^(١١) فِي الْعُرُوضِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ عِنْدَ الْمُفَاصَلَةِ إِلَى رَدِّ مِثْلِهَا أَوْ قِيمَتِهَا ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « الْمَعْرُوض » .

(٨) فِي م : « مُشَاعَةٌ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « وَيَشْتَرِي » .

(١٠) فِي ١ ، ب : « الْقِرَاضُ » .

(١١) سَقَطَ مِنْ م .

بِاخْتِلَافِ الْأَوْقَاتِ ، وَهَذَا غَيْرُ مَوْجُودٍ هَهُنَا ؛ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ غَيْرُ الْعُرُوضِ ، وَحُكْمُهُ بَاقٍ ، أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْعَامِلِ أَنْ يَبِيعَهُ لِيُسَلِّمَ رَأْسَ الْمَالِ وَيَقْسِمَ الْبَاقِيَ وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْقِرَاضَ قَدْ بَطَلَ بِالْمَوْتِ ، وَهَذَا ابْتِدَاءُ قِرَاضٍ عَلَى عُرُوضٍ . وَهَذَا الْوَجْهُ أَقْبَسُ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لَوْ كَانَ نَاضًا كَانَ ابْتِدَاءُ قِرَاضٍ ، وَكَانَتْ حِصَّةُ الْعَامِلِ مِنَ الرَّبْحِ شَرَكَةً لَهُ يَخْتَصُّ بِهَا ذُوْنَ رَبِّ الْمَالِ . وَإِنْ كَانَ الْمَالُ نَاقِصًا ^(١٢) بِخَسَارَةٍ أَوْ تَلَفٍ ، كَانَ رَأْسُ الْمَالِ الْمَوْجُودَ مِنْهُ حَالَ ابْتِدَاءِ الْقِرَاضِ ، فَلَوْ جَوَّزْنَا ابْتِدَاءَ الْقِرَاضِ هَهُنَا وَبَنَاءَهُمَا عَلَى الْقِرَاضِ ، لَصَارَتْ حِصَّةُ الْعَامِلِ مِنَ الرَّبْحِ غَيْرَ مُحْتَصَّةٍ بِهِ ، وَحِصَّتُهُمَا مِنَ الرَّبْحِ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا ، وَحُسِبَتْ عَلَيْهِ الْعُرُوضُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهَا ، فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَالُ نَاقِصًا ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ فِي الْقِرَاضِ بِلَا خِلَافٍ . وَكَلَامُ أَحْمَدَ يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي بِإِذْنِ الْوَرِثَةِ ، كَبَيْعِهِ وَشِرَائِهِ بَعْدَ انْفِسَاخِ الْقِرَاضِ . فَأَمَّا إِنْ مَاتَ الْعَامِلُ أَوْ جُنَّ ، وَأَرَادَ ابْتِدَاءَ الْقِرَاضِ مَعَ وَارِثِهِ أَوْ وَلِيِّهِ ، فَإِنْ كَانَ نَاضًا ، جَازَ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ عَرَضًا ، لَمْ يَجْزِ ابْتِدَاءُ الْقِرَاضِ إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يُجَوِّزُ ابْتِدَاءَ الْقِرَاضِ عَلَى الْعُرُوضِ ، بِأَنْ تُقَوِّمَ الْعُرُوضُ ، وَيُجْعَلَ رَأْسُ الْمَالِ قِيَمَتَهَا يَوْمَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي كَانَ مِنْهُ الْعَمَلُ قَدْ مَاتَ ، أَوْ جُنَّ ، وَذَهَبَ عَمَلُهُ ، وَلَمْ يَخْلُفْ / أَصْلًا يَبْنِي عَلَيْهِ وَارِثُهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ رَبُّ الْمَالِ ، فَإِنَّ الْمَالَ الْمُقَارَضَ عَلَيْهِ مَوْجُودٌ ، وَمَنَافِعُهُ مَوْجُودَةٌ ، فَأَمَكَنَ اسْتِدَامَةَ الْعَقْدِ ، وَبَنَاءَ الْوَارِثِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْمَالُ نَاضًا ، جَازَ ابْتِدَاءُ الْقِرَاضِ فِيهِ إِذَا ابْتَدَأَ ^(١٣) ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يَبْتَدِئْهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْوَارِثِ شِرَاءٌ وَلَا بَيْعٌ ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِنَّمَا رَضِيَ بِاجْتِهَادِ مَوْرُوثِهِ ^(١٤) ، فَإِذَا لَمْ يَرْضَ بَبَيْعِهِ ، رَفَعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ لِبَيْعِهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَيِّتُ رَبُّ الْمَالِ ، فَلَيْسَ لِلْعَامِلِ الشِّرَاءُ ؛ لِأَنَّ الْقِرَاضَ انْفَسَخَ . فَأَمَّا الْبَيْعُ ، فَإِنَّ الْحُكْمَ فِيهِ فِي التَّقْوِيمِ وَاقْتِضَاءِ الدِّينِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ إِذَا فُسِّحَتِ الْمُضَارَبَةُ وَرَبُّ الْمَالِ حَيٌّ .

(١٢) فِي ب ، م : « نَاضًا » .

(١٣) فِي ب ، م : « اخْتَارَ » .

(١٤) فِي ب ، م : « مَوْرُوثِهِ » .

فصل : إِذَا تَلَفَ الْمَالُ قَبْلَ الشِّرَاءِ انْفَسَحَتِ الْمُضَارَبَةُ ؛ لِزَوَالِ الْمَالِ الَّذِي تَعَلَّقَ الْعَقْدُ بِهِ ، وَمَا اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْمُضَارَبَةِ ، فَهُوَ لَزِمٌ لَهُ ، وَالثَّمَنُ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ عَلِمَ بِتَلَفِ الْمَالِ قَبْلَ تَقْدِ الثَّمَنِ أَوْ جَهِلَ ذَلِكَ . وَهَلْ يَقِفُ عَلَى إِجَارَةِ رَبِّ الْمَالِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِنْ أَجَارَهُ ، فَالْثَّمَنُ عَلَيْهِ ، وَالْمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا . وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ ، لَزِمَ الْعَامِلُ . وَالثَّانِيَةِ ، هُوَ لِلْعَامِلِ عَلَى كُلِّ حَالٍ . فَإِنْ اشْتَرَى لِلْمُضَارَبَةِ شَيْئًا ، فَتَلَفَ الْمَالُ قَبْلَ تَقْدِهِ ، فَالشِّرَاءُ لِلْمُضَارَبَةِ ، وَعَقْدُهَا بَاقٍ ، وَيَلْزَمُ رَبَّ الْمَالِ الثَّمَنُ ، وَيَصِيرُ رَأْسُ الْمَالِ الثَّمَنَ دُونَ التَّالِيفِ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ تَلَفٌ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِيهِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : رَأْسُ الْمَالِ هَذَا وَالتَّالِيفُ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّالِيفَ تَلَفٌ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ قَبْلَ الشِّرَاءِ . وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدَانِ بِمَالِ الْمُضَارَبَةِ ، فَتَلَفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ، كَانَ تَلَفُهُ مِنَ الرَّيْحِ ، وَلَمْ يَنْقُصْ رَأْسُ الْمَالِ بِتَلَفِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفٌ بَعْدَ التَّصَرُّفِ فِيهِ . وَإِنْ تَلَفَ الْعَبْدَانِ كِلَاهُمَا ، انْفَسَحَتِ الْمُضَارَبَةُ ؛ لِزَوَالِ مَالِهَا كُلِّهِ . فَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ بَعْدَ ذَلِكَ أَلْفًا ، كَانَ الْأَلْفُ رَأْسَ الْمَالِ ، وَلَمْ يُضَمَّ إِلَى الْمُضَارَبَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهَُا انْفَسَحَتْ لَذَهَابِ مَالِهَا .

٨٣٧ — مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا اتَّفَقَ رَبُّ الْمَالِ وَالْمُضَارِبُ عَلَى أَنَّ الرَّيْحَ بَيْنَهُمَا ، وَالْوَضِيعَةُ عَلَيْهِمَا ، كَانَ الرَّيْحُ بَيْنَهُمَا وَالْوَضِيعَةُ عَلَى الْمَالِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّهُ مَتَى شَرَطَ عَلَى الْمُضَارِبِ ضَمَانَ الْمَالِ ، أَوْ سَهْمًا مِنَ الْوَضِيعَةِ ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْعَقْدَ يَفْسُدُ بِهِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فَاسِدٌ ، فَافْسَدَ الْمُضَارَبَةَ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا فَضْلَ دَرَاهِمٍ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرْطٌ لَا يُؤْتَرُ فِي جَهَالَةِ الرَّيْحِ ، فَلَمْ يَفْسُدْ بِهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ لُزُومَ الْمُضَارَبَةِ . وَيُفَارِقُ / شَرْطَ الدَّرَاهِمِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا فُسِدَ الشَّرْطُ ثَبَتَتْ حِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ ^(١) الرَّيْحِ مَجْهُولَةٌ .

(١) فِي ب ، م ، ن : فِي .

فصل : والشروط في المضاربة تنقسم قسمين ؛ صحيح ، وفاسد ، فالصحيح مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال ، أو أن يسافر به ، أو لا يتجر إلا في بلد بعينه ، أو نوع بعينه ، أو لا يشتري إلا من رجل بعينه . فهذا كله صحيح ، سواء كان (٢) النوع مما يعم وجوده ، أو لا يعم ، أو الرجل (٣) ممن يكثر عنده المتاع أو يقل . وهذا قال أبو حنيفة . وقال مالك ، والشافعي : إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه ، أو سلعة بعينها ، أو مالا يعم وجوده ، كالياقوت الأحمر ، والخيل البلق (٤) ، لم يصح ؛ لأنه يمنع مقصود المضاربة ، وهو التقلب (٥) وطلب الربح ، فلم يصح ، كما لو اشترط أن لا يبيع ويشتري إلا من فلان ، أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشتري به . ولنا ، أنها مضاربة خاصة ، لا تمنع الربح بالكليّة ، فصحت ، كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع يعم وجوده ، ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع ، فصح تخصيصه في رجل بعينه ، وسلعة بعينها ، كالوكالة . وقولهم : إنه يمنع المقصود . ممنوع ، وإنما يقلله ، وتقليله لا يمنع الصحة ، كتخصيصه بالنوع . ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال ، فإنه يمنع الربح بالكليّة . وكذلك إذا قال : لا تبع إلا من فلان ، ولا تشتري إلا من فلان . فإنه يمنع الربح أيضا ؛ لأنه لا يشتري ما باعه إلا بدون ثمنه الذي باعه به . ولهذا قال : لا تبع إلا ممن اشتريت منه . لم يصح ؛ لذلك (٦) .

فصل : ويصح تأقيت المضاربة ، مثل أن يقول : ضاربتك على هذه الدراهم سنة ، فإذا انقضت فلا تبع ، ولا تشتري . قال مهنا : سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفا مضاربة شهرا ، قال : إذا مضى شهر يكون قرضا . قال : لا بأس به . قلت : فإن جاء

(٢) في م زيادة : « هذا » .

(٣) في ١ ، م : « والرجل » .

(٤) الأبلق من الخيل : ما فيه سواد وبياض .

(٥) في الأصل : « القلب » .

(٦) في ١ : « كذلك » .

الشَّهْرُ هِيَ مَتَاعٌ ؟ قال : إذا بَاعَ المَتَاعَ يكون قَرْضًا . وقال أبو الخَطَّابِ : في صِحَّةِ شَرْطِ التَّائِيَةِ رَوَاتَانِ ؛ إحداهما ، هو صَحِيحٌ . وهو قولُ أُمِّ حَنِيفَةَ . والثانية ، لا يَصِحُّ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ، ومَالِكٍ . واختيارُ أُمِّ حَفْصِ العُكْبَرِيِّ ، لِثَلَاثَةِ مَعَانٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يَقَعُ مُطْلَقًا ، فإذا شَرْطَ قَطْعَهُ لم يَصِحَّ ، كَالنَّكَاحِ . الثاني ، أَنَّ هَذَا ليس من مُقْتَضَى العَقْدِ ، ولأنَّه فيه مَصْلَحَةٌ ، فَأُشْبِهَ مَالُو شَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَ ، وَيَبَانَ أَنَّهُ ليس من مُقْتَضَى العَقْدِ ، أَنَّهُ يَقْتَضِي أَنْ يكونَ رَأْسُ المَالِ نَاضِئًا ، فإذا مَنَعَهُ البَيْعَ لم يَنْصُرْ . الثالث ، أَنَّ هَذَا يُؤَدِّي إلى ضَرَرٍ بِالْعَامِلِ ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ قد يكونُ الرِّبْحُ والحِطُّ في تَبْقِيَةِ المَتَاعِ ، وَيَبِيعُهُ بعدَ السَّنَةِ . فَيَمْتَنِعُ ^(٨) ذَلِكَ بِمُضِيِّهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَصَرُّفٌ يَتَوَقَّعُ بِنَوْعٍ من المَتَاعِ ، فَجَازَ تَوْقِيتُهُ في الزَّمَانِ ، كَالْوَكَالَةِ . والمَعْنَى الأولُ الَّذِي ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالْوَكَالَةِ / وَالْوَدِيعَةِ ^(٩) ، والمَعْنَى الثاني ^(١٠) ، والثالث ^(١١) يَبْطُلُ تَخْصِيصُهُ بِنَوْعٍ من المَتَاعِ ، وَلَئِنْ ^(١٢) لَرَبُّ المَالِ مَنَعَهُ من البَيْعِ والشَّرَاءِ في كُلِّ وَقْتٍ إذا رَضِيَ أَنْ يَأْخُذَ بِمَالِهِ عَرْضًا ، فإذا شَرْطَ ذَلِكَ ، فَقَدْ شَرْطَ مَا هُوَ من مُقْتَضَى العَقْدِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لو قال : إذا انْقَضَتِ السَّنَةُ فلا تَشْتَرِ شَيْئًا . وقد سَلَّمُوا صِحَّةَ ذَلِكَ .

فصل : وإذا اشْتَرَطَ الْمُضَارِبُ نَفَقَةَ نَفْسِهِ ، صَحَّ ، سواءَ كانَ في الحَضَرِ أو في ^(١٣) السَّفَرِ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ في الحَضَرِ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّجَارَةَ في الحَضَرِ إِحْدَى حَالَتِي الْمُضَارَبَةِ ، فَصَحَّ اشْتِرَاؤُ ^(١٤) النَّفَقَةِ فِيهَا ، كَالسَّفَرِ ، وَلَئِنَّ شَرْطَ النَّفَقَةِ في مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لو اشْتَرَطَهَا في الْوَكَالَةِ .

(٧) في الأصل : « العامل » .

(٨) في ب : « فيمنع » .

(٩-٩) في الأصل : « والثاني » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في الأصل ، م : « لأن » .

(١٢) سقط من : أ ، ب ، م .

(١٣) في ب : « اشتراطه » .

فصل : والشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ تُنْقَسِمُ^(١٤) ثَلَاثَةً أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ لُرُومِ الْمُضَارَبَةِ ، أَوْ لَا يَغْرِزِلَهُ مُدَّةٌ بَعَيْنُهَا ، أَوْ لَا يَبِيعَ إِلَّا بِرَأْسِ الْمَالِ أَوْ أَقْلٍ ، أَوْ لَا يَبِيعَ إِلَّا مِمَّنْ اشْتَرَى مِنْهُ ، أَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ ، أَوْ لَا يَبِيعَ ، أَوْ أَنْ يُؤَلِّيهُ مَا يَخْتَارُهُ مِنَ السِّلْعِ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، فَهَذِهِ شُرُوطٌ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّهَا تُفَوِّتُ الْمَقْصُودَ مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، وَهُوَ الرَّيْحُ ، أَوْ تَمْنَعُ الْفَسْخَ الْجَائِزَ بِحُكْمِ الْأَصْلِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، مَا يَعُودُ بِجَهَالَةِ الرَّيْحِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ لِلْمُضَارِبِ جُزْءًا مِنَ الرَّيْحِ مَجْهُولًا ، أَوْ رِيحَ أَحَدِ الْكَسْبَيْنِ ، أَوْ أَحَدِ الْأَلْفَيْنِ ، أَوْ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ ، أَوْ رِيحَ إِحْدَى السَّفَرَتَيْنِ ، أَوْ مَا يَزِيحُ فِي هَذَا الشَّهْرِ ، أَوْ أَنْ حَقَّ أَحَدُهُمَا فِي عَبْدٍ يَشْتَرِيهِ ، أَوْ يَشْتَرِطَ^(١٥) لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً بِجَمِيعِ حَقِّهِ أَوْ بِنَعْضِهِ ، أَوْ يَشْتَرِطَ جُزْءًا مِنَ الرَّيْحِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَهَذِهِ شُرُوطٌ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّهَا تُفْضِي إِلَى جَهْلِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الرَّيْحِ ، أَوْ إِلَى فَوَاتِهِ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَمَنْ شَرَطَ الْمُضَارَبَةَ كَوْنِ الرَّيْحِ مَعْلُومًا . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، اشْتِرَاطُ مَا لَيْسَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ ، وَلَا مُقْتَضَاهُ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الْمُضَارِبِ الْمُضَارَبَةَ فِي مَالٍ آخَرَ ، أَوْ يَأْخُذَهُ بِضَاعَةً أَوْ قَرْضًا ، أَوْ أَنْ يَخْدِمَهُ فِي شَيْءٍ بَعَيْنِهِ ، أَوْ يَرْتَفِقَ بِبَعْضِ السِّلْعِ ، مِثْلُ أَنْ يَلْبَسَ الثَّوبَ ، وَيَسْتَحْدِمَ الْعَبْدَ ، وَيَرْكَبَ الدَّابَّةَ ، أَوْ يَشْتَرِطَ عَلَى الْمُضَارِبِ ضَمَانَ الْمَالِ أَوْ سَهْمًا مِنْ الْوَضِيعَةِ ، أَوْ أَنَّهُ مَتَى بَاعَ السَّلْعَةَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ ، أَوْ شَرَطَ الْمُضَارِبُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ . فَهَذِهِ كُلُّهَا شُرُوطٌ فَاسِدَةٌ . وَقَدْ ذَكَرْنَا كَثِيرًا مِنْهَا فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ مُعَلَّلًا . وَمَتَى اشْتَرِطَ شَرْطًا فَاسِدًا يَعُودُ بِجَهَالَةِ الرَّيْحِ ، فَسَدَتْ الْمُضَارَبَةُ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ لِمَعْنَى فِي الْعَوَضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَافْسَدَ الْعَقْدُ ، كَمَا لَوْ جَعَلَ رَأْسَ الْمَالِ خُمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا ، وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ تَمْنَعُ مِنَ التَّسْلِيمِ ، فَتُفْضِي إِلَى التَّنَازُعِ وَالْاِخْتِلَافِ ، وَلَا يَعْلَمُ مَا يَدْفَعُهُ إِلَى الْمُضَارِبِ . وَمَا عَدَا ذَلِكَ^(١٦) مِنَ الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ ، فَالْمَنْصُوصُ / عَنْ أَحْمَدَ ،

١٥٧/٤

(١٤) في م زيادة : « إلى » .

(١٥) في ب : « بشرط » .

(١٦) في ب : « هذا » .

في أظهر الروايتين عنه ، أن العقد صحيح . ذكره عنه الأثرم وغيره ؛ لأنه عقد يصح على مجهول ، فلم تبطله الشروط الفاسدة ، كالنكاح والعقاق والطلاق . وذكر القاضي ، وأبو الخطاب ، رواية أخرى ، أنها تفسد العقد ؛ لأنه شرط فاسد ، فافسد العقد ، كشرط ذراهم معلومة ، أو شرط أن يأخذ له بضاعة ، والحكم في الشركة كالمضاربة^(١٧) سواء .

فصل : وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة ؛ أحدها ، أنه إذا تصرف نفذ تصرفه ؛ لأنه إذن له فيه ، فإذا بطل العقد بقي الإذن ، فملك به التصرف ، كالوكيل . فإن قيل : فلو اشترى الرجل شراً فاسداً ، ثم تصرف فيه ، لم ينفذ تصرفه^(١٨) ، مع أن البائع قد إذن له في التصرف . قلنا : لأن المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالإذن ، فإن إذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له ، فإذا لم يملك ، لم يصح ، وههنا إذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه ، وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الإذن ؛ لأنه إذن له في تصرف يقع له . الفصل الثاني ، أن الربح جميعه لرب المال ؛ لأنه نماء ماله ، وإنما يستحق العامل بالشرط ، فإذا فسدت المضاربة فسدت الشرط ، فلم يستحق منه شيئا ، ولكن^(١٩) له أجر مثله . نص عليه أحمد . وهو مذهب الشافعي . واختار الشريفي أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه ، واحتج بما روى عن أحمد ، أنه قال : إذا اشتركا في العروض ، قسم الربح على ما شرط^(٢٠) . قال : وهذه الشركة^(٢١) فاسدة . واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة ، فيثبت المسمى في فاسده ، كالنكاح . قال : ولا أجر له . وجعل أحكامها كلها كأحكام الصحيحة . وقد ذكرنا

(١٧) في م : كالحكم في المضاربة .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) في م : وكان .

(٢٠) في م : شرطاه .

(٢١) في الأصل : شركة .

هذا . قال القاضي أبو يعلى : والمذهب ما حكينا ، وكلام أحمد محمول على أنه صحح
الشركة بالعروض . وحكى عن مالك أنه يرجع إلى إقراض^(٢٢) المثل . وحكى عنه : إن
لم يربح فلا أجر له . ومقتضى^(٢٣) هذا أنه إن ربح ، فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله .
ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا ؛ لأنه إذا كان الأقل ما شرط له ، فقد رضى به ، فلا
يستحق أكثر منه ، كما لو تبرع بالعمل الزائد . ولنا ، أن تسمية الربح من توابع
المضاربة ، أو ركن من أركانها ، فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها ، كالصلاة . ولا
نسلم في النكاح وجوب المسمى إذا كان العقد فاسداً ، وإذا لم يجب له المسمى ، وجب
أجر المثل ؛ لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى ، فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله
إليه ، وذلك متعذر ، فتجب^(٢٤) قيمته ، وهو أجر مثله ، كما لو تباعا بيعاً فاسداً ،
وتباعاً ، وتلف أحد العوضين في يد القابض له ، وجب رد قيمته . فعلى هذا سواء ظهر
في المال ربح أو لم يظهر ، فأما إن رضى المضارب بالعمل بغير عوض ، مثل أن يقول :
فارضطك والربح كله لى . فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا ؛ لأنه تبرع بعمله ،
فأشبهه مالو أعانته في شيء ، أو توكل له بغير جعل ، أو أخذ له بضاعة . الفصل الثالث ،
/ في الضمان ، ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعدية وتفريطه ؛ لأن ما كان القبض في
صحيحه مضموناً ، كان مضموناً في فاسده ، وما لم يكن مضموناً في صحيحه ، لم
يضمن في فاسده . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن . ولنا ، أنه
عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه ، فلم يضمنه في فاسده ، كالوكالة ، ولأنها إذا
فسدت صارت إجارة ، والأجير لا يضمن سكتى ما تلف بغير تعدية ولا فعله ، فكذا
ههنا . وأما الشركة إذا فسدت ، فقد ذكرناها قبل هذا .

(٢٢) في الأصل : « قراض » .

(٢٣) في الأصل : « يقتضى » .

(٢٤) في ب زيادة : « رد » .

٨٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لِمَنْ عَلَيْهِ ذَيْنٌ : ضَارِبٍ بِالذَّيْنِ
الَّذِي عَلَيْكَ)

نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . قَالَ ابْنُ
الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ تَحَفَّظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ ذَيْنًا لَهُ
عَلَى رَجُلٍ مُضَارَبَةً ، وَمَنْ حَفِظْنَا ذَلِكَ عَنْهُ : عَطَاءٌ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ،
وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ بَعْضُ
أَصْحَابِنَا : يَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا لِلْمُضَارَبَةِ ، فَقَدْ اشْتَرَاهُ
بِإِذْنِ رَبِّ الْمَالِ ، وَدَفَعَ الذَّيْنَ إِلَى مَنْ أُذِنَ لَهُ فِي دَفْعِهِ إِلَيْهِ ، فَتَبَرَأَ ذِمَّتُهُ مِنْهُ ، وَيَصِيرُ كَمَا لَوْ
دَفَعَ إِلَيْهِ عَرْضًا ، وَقَالَ : بَعْهُ ، وَضَارِبٍ بِتَمَنِيهِ . وَجَعَلَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ مَكَانَ هَذَا
الِاحْتِمَالِ أَنَّ الشَّرَاءَ ^(١) لِرَبِّ الْمَالِ ، وَلِلْمُضَارِبِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ بِشَرْطٍ ، وَلَا
يَصِحُّ عَنْدهُمْ تَغْلِيْقُ الْقِرَاضِ بِشَرْطٍ . وَالْمَذْهَبُ هُوَ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ الَّذِي فِي يَدَيَّ مَنْ
عَلَيْهِ الذَّيْنُ لَهُ ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ لِعَرِيْمِهِ بِقَبْضِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ الْقَبْضُ هَهُنَا . وَإِنْ قَالَ لَهُ : اغْزِلِ
الْمَالَ الَّذِي لِي عَلَيْكَ ، وَقَدْ قَارَضْتُكَ عَلَيْهِ . ففَعَلَ ، وَاشْتَرَى بَعِيْنُ ذَلِكَ ^(٢) الْمَالَ ^(٣) شَيْئًا
لِلْمُضَارَبَةِ ، وَقَعَ الشَّرَاءُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى ^(٤) لغيرِهِ بِمَالِ نَفْسِهِ ، فَحَصَلَ الشَّرَاءُ لَهُ
وَإِنْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ الْقِرَاضَ عَلَى مَا لَا يَمْلِكُهُ ، وَعُلِّقَهُ عَلَى شَرْطٍ لَا
يَمْلِكُ بِهِ الْمَالَ .

فصل : وَإِنْ قَالَ لِرَجُلٍ : اقْبِضِ الْمَالَ الَّذِي عَلَى فُلَانٍ ، وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً .
فَقَبْضُهُ ، وَعَمَلُ بِهِ ، جَازٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . وَيَكُونُ وَكَيْلًا فِي قَبْضِهِ ، مُؤْتَمَّنًا عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّهُ قَبْضُهُ بِإِذْنِ مَالِكِهِ مِنْ غَيْرِهِ ، فَجَازَ أَنْ يَجْعَلَهُ مُضَارَبَةً ، كَمَا لَوْ قَالَ : اقْبِضِ الْمَالَ مِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَشْتَرَى » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) فِي أ : « اشْتَرَاهُ » ، وَفِي ب ، م : « يَشْتَرِي » .

غُلَامِي ، وَضَارِبَ بِهِ . قَالَ مُهْنًا . سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ : اقْرَضْنِي أَلْفًا شَهْرًا ، ثُمَّ هُوَ بَعْدَ الشَّهْرِ مُضَارِبَةٌ ؟ قَالَ : لَا يَصْلُحُ^(٥) ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا اقْرَضَهُ^(٦) صَارَ دَيْنًا عَلَيْهِ ، وَقَدْ ذَكَّرْنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُضَارِبَ بِالَّذِينَ الذِي عَلَيْهِ . وَلَوْ قَالَ : ضَارِبَ بِهِ شَهْرًا ، ثُمَّ خُذْهُ قَرْضًا . جَازَ ؛ لَمَا ذَكَّرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ .

١٥٨/٤ / **فصل :** وَمِنْ شَرْطِ الْمُضَارِبَةِ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مَعْلُومَ الْقَدَرِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا وَلَا جُزْأً ، وَلَوْ شَاهَدَاهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَصِحُّ إِذَا شَاهَدَاهُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ مَعَ يَمِينِهِ فِي قَدَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينُ رَبِّ الْمَالِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا فِي يَدَيْهِ^(٧) ، فَقَامَ ذَلِكَ مَقَامَ الْمَعْرِفَةِ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَجْهُولٌ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْمُضَارِبَةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُشَاهِدَاهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي بِكُمْ يَرْجِعُ عِنْدَ الْمُفَاصَلَةِ ، وَلَئِنَّهُ يُقْضَى إِلَى الْمَنَازَعَةِ وَالْاِخْتِلَافِ فِي مِقْدَارِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي الْكَيْسِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالسَّلَامِ ، وَمَا إِذَا لَمْ يُشَاهِدَاهُ .

فصل : وَلَوْ أَحْضَرَ كَيْسَيْنِ ، فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ مَعْلُومُ الْقَدَرِ ، وَقَالَ : قَارِضْتُكَ عَلَى أَحَدِهِمَا . لَمْ يَصِحَّ ، سَوَاءٌ تَسَاوَى مَا فِيهِمَا أَوْ اِخْتَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَمْنَعُ صِحَّتُهُ الْجَهَالََةَ ، فَلَمْ يَجْزَ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْبَيْعِ .

٨٣٩ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ وَدِيعَةٌ ، جَازَ لَهُ أَنْ يَقُولَ : ضَارِبَ بِهَا)

وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْحَسَنُ : لَا يَجُوزُ حَتَّى يَقْبِضَهَا مِنْهُ ، قِيَاسًا عَلَى الدَّيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْوَدِيعَةَ مِلْكُ رَبِّ الْمَالِ ، فَجَازَ أَنْ يُضَارِبَهُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ حَاضِرَةً . فَقَالَ : قَارِضْتُكَ عَلَى هَذَا الْأَلْفِ . وَأَشَارَ إِلَيْهِ^(٨) فِي زَاوِيَةِ

(٥) فِي م : « يَصِحُّ » .

(٦) فِي أ : « اقْرَضْ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « يَدِهِ » .

(٨) فِي أ : « إِلَيْهَا » .

النَيْبِ . وفَارَقَ الدَّيْنَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ عَيْنُ الْمَالِ لِمَلِكًا لِلْغَرِيمِ إِلَّا بِقَبْضِهِ . ولو كانت
الْوَدِيعَةُ قَدْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، وصَارَتْ فِي الدِّمَّةِ ، لم يَجْزُ أَنْ يُضَارِبَهُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ
دَيْنًا .

فصل : ولو كان له ^(٢) في يَدِ غَيْرِهِ مَالٌ مَعْصُوبٌ ، فضَارَبَ الْغَاصِبَ بِهِ ، صَحَّ
أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ مَالُ لِرَبِّ الْمَالِ ، يُنَاحُ لَهُ يَبْعُهُ مِنْ غَاصِبِهِ ، وَمَعْنَى ^(٣) يَقْدِرُ عَلَى اخْتِذِهِ مِنْهُ ،
فَأَشْبَهَ الْوَدِيعَةَ . وَإِنْ تَلَفَ ، وصَارَ فِي الدِّمَّةِ ، لم تُجْزِ الْمُضَارَبَةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ دَيْنًا . ومتى
ضَارَبَهُ بِالْمَالِ الْمَعْصُوبِ ، زَالَ ضَمَانُ الْعَصَبِ ^(٤) بِمُجَرَّدِ عَقْدِ الْمُضَارَبَةِ . وبهذا قال أبو
حنيفة . وقال القاضي : لَا يَزُولُ ضَمَانُ الْعَصَبِ إِلَّا بِدَفْعِهِ ثَمَنًا . وهو مذهب الشافعي ؛
لِأَنَّ الْقِرَاضَ لَا يُتَأْفَى الضَّمَانُ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ تَعَدَّى فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُمَسِّكٌ لِلْمَالِ بِإِذْنِ
مَالِكِهِ ، لَا يَخْتَصُّ بِنَفْعِهِ ، وَلَمْ يَتَّعَدْ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَبَضَهُ وَقَبَضَهُ ^(٥) إِيَّاهُ .

فصل : والعَامِلُ أَمِينٌ فِي مَالِ الْمُضَارَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالِ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ ، لَا
يَخْتَصُّ بِنَفْعِهِ ، فَكَانَ أَمِينًا ، كَالْوَكِيلِ . وفَارَقَ الْمُسْتَعِيرَ ؛ فَإِنَّهُ قَبَضَهُ لِمَنْفَعَتِهِ
خَاصَّةً ، وَهَلْهُنَا الْمَنْفَعَةُ بَيْنَهُمَا . فعلى هذا القولُ قَوْلُهُ فِي قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ . قال ابنُ
الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظَ عَنْهُمْ ^(٦) مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى ^(٧) أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْعَامِلِ فِي
قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ . كَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَبِهِ نَقُولُ . وَلِأَنَّهُ
يَدَّعِي عَلَيْهِ قَبْضَ شَيْءٍ ، وَهُوَ يَنْكِرُهُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وكذلك القولُ قَوْلُهُ فِيمَا
يَدَّعِيهِ ^(٨) مِنْ تَلَفِ الْمَالِ أَوْ خَسَارَةٍ فِيهِ ، وَمَا يَدَّعِي عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ وَتَفْرِيطٍ ، وَفِيمَا يَدَّعِي

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل ، ب ، م : « ومن » .

(٤) في ١ : « الغاصب » .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦) في الأصل : « عنه » .

(٧) سقط من : الأصل ، ١ ، م .

(٨) في ب ، م : « يدعي » .

أنَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ أَوْ لِلْمُضَارَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ هُنَا فِي نِيَّتِهِ ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِمَا نَوَاهُ ، لَا يُطْلَعُ عَلَى ذَلِكَ أَحَدٌ سِوَاهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيمَا نَوَاهُ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي نِيَّةِ الزَّوْجِ بِكَفَايَةِ الطَّلَاقِ . وَلَئِنَّ أَمِينَ فِي الشِّرَاءِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَمَا لَوْ كَيْل . وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا ، فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ : كُنْتُ نَهَيْتُكَ عَنْ شِرَائِهِ . فَأَنْكَرَ الْعَامِلُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ النَّهْيِ . وَهَذَا كُلُّهُ لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَذِنْتُ لِي فِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً وَفِي الشِّرَاءِ بَعْشَرَةً . وَقَالَ : بَلِ أَذِنْتُ لَكَ فِي الْبَيْعِ نَقْدًا ، وَفِي الشِّرَاءِ بِخُمْسَةٍ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِذْنِ . وَلِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ فِي أَصْلِ الْإِذْنِ ، فَكَذَلِكَ فِي صِفَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى الْإِذْنِ ، وَاخْتَلَفَا فِي صِفَتِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : قَدْ نَهَيْتُكَ عَنْ شِرَاءِ عَبْدٍ . فَأَنْكَرَ النَّهْيَ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : شَرَطْتُ لِي نِصْفَ الرَّبْحِ . فَقَالَ : بَلِ ثُلُثُهُ . فَعَنْ أَحْمَدَ فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْمَنْصُورِ وَسَيْنَدِي . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، ^(٩) وَابْنُ الْمُبَارَكِ ^(٩) ، وَابْنُ الْمُزَنِّدِ ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ يُنْكِرُ السُّدُسَ الرَّائِدَ وَاشْتِرَاطَهُ لَهُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَالثَّانِيَةِ ، أَنَّ الْعَامِلَ إِذَا ادَّعَى أَجْرَ الْمِثْلِ ، وَزِيَادَةً يَتَغَابِنُ النَّاسُ بِمِثْلِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَإِنْ ادَّعَى أَكْثَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا وَافَقَ أَجْرَ الْمِثْلِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَتَّحَالَفَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي عَوَظِ عَقْدٍ ، فَيَتَّحَالَفَانِ ، كَالْمُتَبَايَعِينَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(١٠) . ^(١١) وَلَئِنَّ اخْتِلَافَ ^(١١) فِي الْمُضَارَبَةِ ، فَلَمْ

(٩-٩) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٠) تقدم تخريجه في : ٦ / ٥٢٥ .

(١١-١١) في م : « ولأن الاختلاف » .

يَتَحَالَفَا ، كَسَائِرِ مَا قَدَّمْنَا اخْتِلَافَهُمَا فِيهِ ، وَالْمُتَبَايَعَانِ يَرْجِعَانِ إِلَى رُءُوسِ أَمْوَالِهِمَا ،
بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى الْعَامِلُ رَدَّ الْمَالِ ، فَأُنْكِرَ رَبُّ الْمَالِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ مَعَ
يَمِينِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا كَقَوْلِنَا . وَالْآخَرُ :
يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، وَلِأَنَّ مُعْظَمَ النِّفْعِ لِرَبِّ الْمَالِ ، فَالْعَامِلُ كَالْمُودَعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
قَبْضَ الْمَالِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ، كَالْمُسْتَعِيرِ ، وَلِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ مُنْكَرٌ ،
وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَفَارَقَ الْمُودَعُ ؛ فَإِنَّهُ لَا نَفْعَ لَهُ فِي الْوَدِيعَةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ مُعْظَمَ
النِّفْعِ لِرَبِّ الْمَالِ . يَمْنَعُهُ ، وَإِنْ سَلَّمَ إِلَّا أَنَّ الْمُضَارِبَ لَمْ يَقْبِضْهُ إِلَّا لِنَفْعِ نَفْسِهِ ، / وَلَمْ
يَأْخُذْهُ لِنَفْعِ رَبِّ الْمَالِ . ١٥٩/٤

فصل : وَإِنْ قَالَ : رَيْحْتُ أَلْفًا . ثُمَّ قَالَ : خَسِرْتُ ذَلِكَ . قُبِلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ
يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي التَّلَفِ ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ^(١٢) فِي الْخَسَارَةِ ، كَالْوَكِيلِ . وَإِنْ قَالَ : غَلِطْتُ أَوْ
نَسِيتُ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّبٌ بِحَقِّ لَادِمِيٍّ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الرُّجُوعِ ، كَالْوَأَقَرِّ بِأَنْ
رَأْسَ الْمَالِ أَلْفٌ ثُمَّ رَجَعَ . وَلَوْ أَنَّ الْعَامِلَ خَسِرَ ، فَقَالَ لِرَجُلٍ : أَقْرِضْنِي مَا أَتَمَّمُ بِهِ رَأْسَ
الْمَالِ لِأَعْرِضَهُ عَلَى رَبِّهِ ، فَإِنِّي أَخْشَى أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي إِنْ عَلِمَ بِالْخَسَارَةِ . فَأَقْرَضَهُ ،
فَعَرَضَهُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، وَقَالَ : هَذَا رَأْسُ مَالِكَ . فَأَخَذَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُ
الْعَامِلِ عَنْ إِقْرَارِهِ إِنْ رَجَعَ . وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُقْرِضِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُرُّ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا .
وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةٌ رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ مَلِكُهُ بِالْقَرْضِ ، ثُمَّ سَلَّمَهُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ ، وَلَكِنْ
يَرْجِعُ الْمُقْرِضُ عَلَى الْعَامِلِ لَا غَيْرُ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ رَجُلٌ إِلَى رَجُلَيْنِ مَالًا قِرَاصًا عَلَى النِّصْفِ ، فَنَصَّ الْمَالُ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ
آلَافٍ ، فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ : رَأْسُ الْمَالِ أَلْفَانِ ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، وَقَالَ الْآخَرُ : بَلْ هُوَ
أَلْفٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ . فَإِذَا حَلَفَ أَنَّ رَأْسَ الْمَالِ أَلْفٌ وَالرَّيْبُ أَلْفَانِ ،

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

فَنَصِيبُهُ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ ، يَبْقَى أَلْفَانِ وَخَمْسُمِائَةٍ ، يَأْخُذُ رَبُّ الْمَالِ الْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْآخَرَ يُصَدَّقُهُ ، وَيَبْقَى خَمْسُمِائَةٍ رِبْحًا بَيْنَ رَبِّ الْمَالِ وَالْعَامِلِ الْآخَرَ ، يَفْتَسِمَانِهَا اثْلَاثًا ، لِرَبِّ الْمَالِ ثُلَاثًا ، وَلِلْعَامِلِ ثُلُثُهَا مِائَةً وَسِتَّةً وَسِتُّونَ وَثُلَاثًا ، وَلِرَبِّ الْمَالِ ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ رَبِّ الْمَالِ مِنَ الرَّبْحِ نِصْفُهُ ، وَنَصِيبُ هَذَا الْعَامِلِ رُبْعُهُ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا بَاقِي الرَّبْحِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَمَا أَخَذَهُ الْحَالِفُ فِيمَا زَادَ عَلَى قَدْرِ نَصِيبِهِ كَالْتَالِفِ مِنْهُمَا ، وَالتَّالِفُ يُحْسَبُ فِي الْمُضَارَبَةِ مِنَ الرَّبْحِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَإِنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفًا يَتَجَرُّ فِيهِ ، فَرِبْحٌ ، فَقَالَ الْعَامِلُ : كَانَ قَرَضًا لِي رِبْحُهُ كُلُّهُ . وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ : كَانَ قَرَضًا فَرِبْحُهُ بَيْنَنَا . فَاَلْقُولُ قَوْلَ رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَاَلْقُولُ قَوْلَهُ فِي صِفَةِ خُرُوجِهِ عَنْ يَدِهِ . فَإِذَا حَلَفَ فَسَمِنَا الرَّبْحَ بَيْنَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَحَالَفَا ، وَيَكُونَ لِلْعَامِلِ أَكْثَرُ الْأُمُرَيْنِ مِمَّا شَرَطَهُ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ أَوْ أَجْرٍ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَكْثَرُ نَصِيبَهُ مِنَ الرَّبْحِ ، فَزُبُّ الْمَالِ مُعْتَرَفٌ لَهُ بِهِ ، وَهُوَ يَدَّعِي الرَّبْحَ كُلَّهُ ، وَإِنْ كَانَ أَجْرٌ مِثْلَهُ أَكْثَرَ ، فَاَلْقُولُ قَوْلَهُ فِي عَمَلِهِ مَعَ يَمِينِهِ . كَمَا أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ فِي رِبْحٍ ^(١٣) مَالِهِ ، فَإِذَا حَلَفَ قَبْلَ قَوْلِهِ فِي أَنَّهُ مَا عَمِلَ بِهَذَا الشَّرْطِ ، وَإِنَّمَا عَمِلَ لِعَرَضٍ وَلَمْ ^(١٤) يَسْلَمْ لَهُ ، فَيَكُونُ لَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، فَتَصُ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ مُهْنًا ، أَنَّهُمَا يَتَعَارِضَانِ ، وَيُقَسَّمُ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ قَالَ رَبُّ الْمَالِ : كَانَ بِضَاعَةً . وَقَالَ الْعَامِلُ : بَلْ كَانَ قَرَضًا . احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَهُ لَهُ ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَحَالَفَا ، وَيَكُونَ لِلْعَامِلِ أَقْلُ الْأُمُرَيْنِ مِنْ نَصِيبِهِ مِنَ الرَّبْحِ أَوْ أَجْرٍ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ^(١٥) يَدَّعِي أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنَ الرَّبْحِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ زِيَادَةً عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْأَقْلُ أَجْرَ مِثْلِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ قَرَضًا ، فَيَكُونُ لَهُ أَجْرُ عَمَلِهِ . وَإِنْ قَالَ رَبُّ الْمَالِ : كَانَ بِضَاعَةً . وَقَالَ الْعَامِلُ : كَانَ قَرَضًا . حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى

(١٣) سقط من : الأصل ، ا .

(١٤) في ا ، ب ، م ، ن : لم .

(١٥) سقط من : الأصل .

إنكار ما ادَّعاهُ خَصْمُهُ ، وكان له أَجْرٌ عَمَلُهُ لا غير . وإن خَسِرَ المَالُ أو تَلَفَ ، فقال رَبُّ المَالِ : كان قَرْضًا . وقال العَامِلُ : كان قِرَاضًا أو بِضَاعَةً . فالقول قول رَبِّ المَالِ .

فصل : وإذا اشترطَ الْمُضَارِبُ التَّفَقُّةَ ، ثم ادَّعى أَنَّهُ إِنَّمَا اتَّفَقَ من مَالِهِ ، وأَرَادَ الرَّجُوعَ ، فله ذلك ، سواء كان المَالُ باقِيًا في يَدَيْهِ^(١٦) ، أو قد رَجَعَ إلى مَالِكِهِ . وبه قال أبو حنيفة إذا كان المَالُ باقِيًا في يَدَيْهِ ، وليس له ذلك إذا كان بعد رَدِّهِ . ولنا ، أَنَّهُ أَمِينٌ ، فكان القول قولُهُ في ذلك ، كما لو كان باقِيًا في يَدِهِ ، وكالوصي إذا ادَّعى التَّفَقُّةَ على التَّيِيمِ .

فصل : إذا كان عَبْدٌ بين رَجُلَيْنِ ، فَبَاعَهُ أَحَدُهُما بِأَمْرِ الآخَرِ بِالْفِ ، وقال : لم أَقبِضْ ثَمَنَهُ . وادَّعى^(١٧) الْمُشْتَرِي أَنَّهُ قَبِضَهُ ، وصَدَّقَهُ الذي لم يَبِيعْ ، بَرِيءُ الْمُشْتَرِي من نَصِيفِ ثَمَنِهِ ؛ لا غَيْرَافِ شَرِيكَ البَائِعِ بِقَبْضِي وَكِيلِهِ حَقَّهُ ، فَبَرِيءُ الْمُشْتَرِي منه ، كما لو أَقرَّ أَنَّهُ قَبِضَهُ بِنَفْسِهِ ، وَتَبَقِيَ الحُصُومَةُ بين البَائِعِ وشَرِيكِهِ والمُشْتَرِي ، فإن حَاصِمَهُ شَرِيكُهُ ، وادَّعى عليه أَنَّكَ قَبِضْتَهُ نَصِيبِي من الثَّمَنِ . فأنكَرَ^(١٨) ، فالقول قولُهُ مع يَمِينِهِ إن لم يَكُنْ لِلْمُدَّعى بَيِّنَةٌ ، وإن كانت له بَيِّنَةٌ قُضِيَ بها عليه ، ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُشْتَرِي له ؛ لأنَّهُ يَجُرُّ بها إلى نَفْسِهِ نَفْعًا . وإن حَاصِمَ البَائِعِ الْمُشْتَرِي ، فادَّعى الْمُشْتَرِي أَنَّهُ دَفَعَ إليه الثَّمَنَ ، وأنكَرَ البَائِعُ ، فالقول قولُهُ مع يَمِينِهِ ؛ لأنَّهُ مُنْكَرٌ . فإذا حَلَفَ ، أَخَذَ من الْمُشْتَرِي نَصِيفَ الثَّمَنِ ، ولا يُشَارِكُهُ فيه شَرِيكُهُ ؛ لأنَّهُ مُعْتَرِفٌ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ ظُلْمًا ، فلا يَسْتَحِقُّ مُشَارَكَتَهُ فيه . وإن كانت لِلْمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها ، ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ شَرِيكِهِ عليه ؛ لأنَّهُ يَجُرُّ بها إلى نَفْسِهِ نَفْعًا ، ومن شَهِدَ بِشَهَادَةٍ تُجَرُّ إلى نَفْسِهِ نَفْعًا بَطَلَتْ شَهَادَتُهُ في الكُلِّ ، ولا فَرْقَ بين مُحَاصِمَةِ الشَّرِيكَ قَبْلَ مُحَاصِمَةِ الْمُشْتَرِي أو بَعْدَهَا . وإن ادَّعى الْمُشْتَرِي أَنَّ شَرِيكَ البَائِعِ قَبِضَ الثَّمَنَ منه ، فَصَدَّقَهُ البَائِعُ ، نَظَرْتُ ، فإن كان البَائِعُ أَذِنَ لِشَرِيكِهِ في القَبْضِ ، فهي كالتى قَبَلَهَا ، وإن لم يَأْذُنْ له في القَبْضِ ، لم تُبَرِّأ ذِمَّةُ

(١٦) في الأصل : : يده .

(١٧) في الأصل : : وقال .

(١٨) سقط من : الأصل .

المُشْتَرَى من شيء من الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يُؤْكَلْهُ فِي الْقَبْضِ ، فَقَبْضُهُ لَهُ ^(١٩) لَا يَلْزَمُهُ ، وَلَا يَبْرَأُ الْمُشْتَرَى مِنْهُ ، كَالْوَدْعَةِ إِلَى أَجْنَبِيٍّ . وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُ الْمُشْتَرَى عَلَى شَرِيكَ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْكَرُهُ ، وَلِلْبَائِعِ الْمَطْلَبَةُ بِقَدْرِ نَصِيْبِهِ لَا غَيْرُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ أَنَّ شَرِيكَه قَبْضَ حَقِّهِ . وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرَى دَفْعَ نَصِيْبِهِ إِلَيْهِ ، وَلَا يَخْتَارُ إِلَى يَمِينٍ ^(٢٠) ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى مُقَرَّرٌ بِبَقَاءِ حَقِّهِ . وَإِنْ دَفَعَهُ إِلَى شَرِيكَه ، لَمْ تَبْرَأْ ذِمَّتُهُ ، فَإِذَا قَبْضَ حَقِّهِ ، فَلِشَرِيكَه مُشَارَكَتُهُ فِيمَا قَبْضَ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَهَا ثَابِتٌ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ ، فَمَا قَبْضَ مِنْهُ يَكُونُ / بَيْنَهُمَا ، كَالْوَدْعَةِ مِيرَاثًا . وَلَهُ أَنْ لَا يُشَارِكُهُ ، وَيُطَالِبُ الْمُشْتَرَى بِحَقِّهِ كُلِّهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكَ الشَّرِيكَ مُشَارَكَتُهُ فِيمَا قَبْضَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ ثَمَنَ نَصِيْبِهِ الَّذِي يَنْفَرِدُ بِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِشَرِيكَه مُشَارَكَتُهُ فِيمَا قَبْضَ مِنْ ثَمَنِهِ ، كَالْوَدْعَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيْبِهِ فِي صَفْقَةٍ . وَيُخَالَفُ الْمِيرَاثَ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ الْوَرْثَةِ لَا يَتَّبِعُ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلْوَرْثَةِ تَبْعِيضُهُ ، وَهَهُنَا يَتَّبِعُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْبَائِعُ اثْنَيْنِ كَانَ بِمَنْزِلَةِ عَقْدَيْنِ ، وَلِأَنَّ الْوَارِثَ نَائِبٌ عَنِ الْمَوْرُوثِ ، ^(٢١) فَكَانَ مَا يَقْبِضُهُ لِلْمَوْرُوثِ ^(٢٢) يَشْتَرِكُ فِيهِ جَمِيعُ الْوَرْثَةِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنْ مَا يَقْبِضُهُ لِنَفْسِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ مُشَارَكَتُهُ فِيمَا قَبْضَ . فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ أَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ حَقَّهُ مِنَ الْمُشْتَرَى ، وَيَأْخُذُ مِنَ الْقَابِضِ نَصْفَ مَا قَبْضَهُ ، وَيُطَالِبُ الْمُشْتَرَى بِبَقِيَّةِ حَقِّهِ ، إِذَا حَلَفَ لَهُ أَيْضًا أَنَّهُ مَا قَبْضَ مِنْهُ شَيْئًا . وَلَيْسَ لِلْمَقْبُوضِ مِنْهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمُشْتَرَى بِعَوَضٍ مَا أَخَذَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ أَنَّ الْمُشْتَرَى قَدْ بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ مِنْ حَقِّ شَرِيكَه ، وَإِنَّمَا أَخَذَ مِنْهُ ظُلْمًا ، فَلَا يَرْجِعُ بِمَا ظَلَمَهُ هَذَا عَلَى غَيْرِهِ . وَإِنْ خَاصَمَ الْمُشْتَرَى شَرِيكَ الْبَائِعِ ، فَادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ قَبْضَ الثَّمَنِ مِنْهُ ، فَكَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ ^(٢٣) بِهَا . وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبَائِعِ لَهُ إِذَا كَانَ عَدْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُرُّ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ عَنْهَا ضَرَرًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ

(١٩) سقط من : ١ .

(٢٠) في ب ، م : و أمين .

(٢١-٢٢) سقط من : ب .

(٢٢) في انفاة : و له .

أَنْ شَرِيكَه قَبَضَ الثَّمَنَ ، لم يَمْلِكْ مُطَالَبتُهُ بشيءٍ ، لأنه ليس بوكيل له في القَبْضِ ، فلا يَفْعُ قَبْضُهُ له . هكذا ذَكَرَهُ بعضُ أَصْحَابِنَا ، وعندى لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ له ؛ لأنه يَدْفَعُ عن نَفْسِهِ ضَرَرَ مُشَارَكَةِ شَرِيكَه له فيما يَقْبِضُهُ من المُشْتَرَى . وإذا لم تكن له ^(٢٣) بَيِّنَةٌ ، فَحَلَفَ ، أَخَذَ من المُشْتَرَى نِصْفَ الثَّمَنِ ، وإن نَكَلَ ، أَخَذَ المُشْتَرَى منه نِصْفَهُ .

فصل : وإذا كان العَبْدُ بين اثْنَيْنِ ، فَعَصَبَ رَجُلٌ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا ، بأن يَسْتَوْلِيَ على العَبْدِ ، وَيَمْنَعُ أَحَدَهُمَا الِاتِّفَاعَ دُونَ الْآخَرِ ، ثم إنَّ مَالِكَ نِصْفِهِ والغَاصِبَ باعَا العَبْدَ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، صَحَّ في نَصِيبِ المَالِكِ ، وبَطَلَ في نَصِيبِ الغَاصِبِ . وإن وَكَّلَ الشَّرِيكَ الغَاصِبَ ، أو وَكَّلَ الغَاصِبُ الشَّرِيكَ في البَيْعِ ، فباعَ العَبْدَ كُلَّهُ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، بَطَلَ في نَصِيبِ الغَاصِبِ ، في الصَّحِيحِ . وهل يَصِحُّ في نَصِيبِ الشَّرِيكَ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ هُنَا وَقَعَتْ وَاحِدَةً ، وقد بَطَلَ البَيْعُ في بعضِهَا ، فَبَطَلَ في سَائِرِهَا . بخِلَافِ مَا إذا باعَ المَالِكُ والغَاصِبُ ، فَإِنَّهُمَا عَقْدَانِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحدِ مع الاثْنَيْنِ عَقْدَانِ . ولو أَنَّ الغَاصِبَ ذَكَرَ لِلْمُشْتَرَى أَنَّهُ وَكِيلٌ ^(٢٤) في نِصْفِهِ ، لَصَلَحَ في نَصِيبِ الآذِنِ ؛ لَكَوْنِهِ كَالْعَقْدِ الْمُتَفَرِّدِ .

فصل : وإذا كان لِرَجُلَيْنِ دَيْنٌ لِسَبَبٍ وَاحِدٍ ؛ إما عَقْدٍ أو مِيرَاثٍ أو اسْتِثْلَاكِ أو غَيْرِهِ ، فَقَبِضَ أَحَدُهُمَا مِنْ شَيْئًا ، فَلَا خَرَّ مُشَارَكَتُهُ فِيهِ . هذا ظَاهِرُ / المَذْهَبِ . وقد رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لَأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ حَقَّهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، وَلَا يُشَارِكُهُ الْآخَرُ فِيمَا أَخَذَهُ . وهو قولُ أَبِي الْعَالِيَةِ ، وَأَبِي قَلَابَةَ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . قيل لِأَحْمَدَ : بَعْتُ أَنَا وَصَاحِبِي مَتَاعًا بَيْنِي وَبَيْنَهُ ، فَأَعْطَانِي حَقِّي ، وقال : هذا حَقُّكَ خَاصَّةً ، وَأَنَا أُعْطِيَ شَرِيكَكَ بَعْدَ . قال : لَا يَجُوزُ . قيل له : فَإِنْ أُخْرِهُ أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ حَقِّهِ دُونَ صَاحِبِهِ ؟ قال : يَجُوزُ . قيل : فَقَدْ قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : لَهُ أَنْ يَأْخُذَ دُونَ صَاحِبِهِ إِذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُؤَخَّرَ ، وَيُبْرَرَهُ دُونَ

(٢٣) سقط من : أ ، ب ، م .

(٢٤) في : أ ، ب ، م : « وكل » .

صَاحِبِهِ ؟ فَفَكَّرَ فِيهَا ، ثُمَّ قَالَ : هَذَا يُشْبِهُ الْيَرِاثَ إِذَا أُخِذَ مِنْهُ بَعْضُ الْوَرَثَةِ دُونَ بَعْضٍ ،
وقد قال ابنُ سِيرِينَ وَأَبُو قَلَابَةَ وَأَبُو الْعَالِيَةِ : مَنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ مِنْ نَصِيْبِهِ . قَالَ : فَرَأَيْتَهُ قَدْ
اِخْتَجَّ لَهُ وَأَجَازَهُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : الْعَمَلُ عِنْدِي عَلَى مَا رَوَاهُ حَرْبٌ وَحَنْبَلٌ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ .
وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ أَحْمَدُ فِي أَوَّلِ هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، وَلَمْ يُصَرِّحْ بِالرُّجُوعِ عَمَّا قَالَه ؛
وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نَصِيْبُ الْقَابِضِ مَا أَخَذَهُ ، لَمَّا فِي ذَلِكَ مِنْ قِسْمَةِ الدَّيْنِ فِي
الذِّمَّةِ مِنْ غَيْرِ رِضَى الشَّرِيكِ ، فَيَكُونُ الْمَأْخُوذُ وَالْبَاقِي جَمِيعًا مُشْتَرَكًا ، وَلِغَيْرِ الْقَابِضِ
الرُّجُوعُ عَلَى الْقَابِضِ بِنَصْفِهِ ^(٢٥) ، سَوَاءً كَانَ بَاقِيًا فِي يَدِهِ ، أَوْ أُخْرِجَهُ عَنْهَا بِرَهْنٍ أَوْ
قَضَاءٍ دَيْنٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْغَرِيمِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ لَهَا عَلَى وَجْهِ
سَوَاءٍ ، فَلَيْسَ لَهُ تَسْلِيمُ حَقِّ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْغَرِيمِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الشَّرِيكِ
بشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ يَثْبُتُ فِي أَحَدِ الْمَحْلُومَيْنِ ، فَإِذَا اخْتَارَ أَحَدُهُمَا سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْآخَرِ ،
وَلَيْسَ لِلْقَابِضِ مَنْعُهُ مِنَ الرُّجُوعِ عَلَى الْغَرِيمِ ، بَأَن يَقُولَ : أَنَا أُعْطِيكَ نِصْفَ مَا قَبِضْتُ .
بَلِ الْخِيَرَةُ إِلَيْهِ مِنْ أَيُّهُمَا شَاءَ قَبْضَ ، فَإِنْ قَبِضَ مِنْ شَرِيكِه شَيْئًا ، رَجَعَ الشَّرِيكُ عَلَى
الْغَرِيمِ بِمِثْلِهِ ، وَإِنْ هَلَكَ الْمَقْبُوضُ فِي يَدِ الْقَابِضِ ، تَعَيَّنَ حَقُّهُ فِيهِ ، وَلَمْ يَضْمَنْهُ
لِلشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّهُ قَدَّرَ حَقَّهُ فَمَا ^(٢٦) تَعَدَّى بِالْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا كَانَ لِشَرِيكِه مُشَارَكَتُهُ لِثَبُوتِهِ
فِي الْأَصْلِ مُشْتَرَكًا . وَإِنْ أَبْرَأَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ حَقِّهِ ، بَرِئَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ تَلْفِهِ ، وَلَا
يَرْجِعُ عَلَيْهِ غَرِيمُهُ بِشَيْءٍ . وَإِنْ أَبْرَأَ أَحَدَهُمَا مِنْ عَشْرِ الدَّيْنِ ، ثُمَّ قَبِضَا مِنَ الدَّيْنِ شَيْئًا ،
اِقْتَسَمَاهُ عَلَى قَدَرِ حَقِّهِمَا فِي الْبَاقِي ؛ لِلْمُبْرِئِ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهِ ، وَلِشَرِيكِه خَمْسَةَ أَتْسَاعِهِ .
وَإِنْ قَبِضَا نِصْفَ الدَّيْنِ ، ثُمَّ أَبْرَأَ أَحَدُهُمَا مِنْ عَشْرِ الدَّيْنِ كُلِّهِ ، نَفَذَتْ بَرَاءَتُهُ فِي خُمْسِ
الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَمَانِيَةٍ ؛ لِلْمُبْرِئِ ثَلَاثَةَ أَتْمَانِهِ ، وَلِلْآخَرِ خَمْسَةَ أَتْمَانِهِ ، فَمَا
قَبِضَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ اِقْتَسَمَاهُ عَلَى هَذَا . وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنَصِيْبِهِ مِنَ الدَّيْنِ ثَوْبًا ،
فَلَا آخَرَ إِنْطَالُ / الشَّرَاءِ ، فَإِنْ بَدَّلَ لَهُ الْمُشْتَرِي ^(٢٧) نِصْفَ الثَّوْبِ ، وَلَا يُطِيلُ الْبَيْعَ ، لَمْ

(٢٥) فِي ب : « بِنَصِيْبِهِ » .

(٢٦) فِي ب ، م : « فِيمَا » .

(٢٧) فِي ب : « الشَّرِيكُ » .

يَلْزَمُهُ ذَلِكَ . وَإِنْ أَجَارَ الْبَيْعَ لِيَمْلِكَ نِصْفَ الثَّوْبِ ، انْتَبَى عَلَى بَيْعِ الْفُضُولِيِّ ، هَلْ يَقِفُ عَلَى الْإِجَارَةِ أَوْ لَا ؟ وَإِنْ أُخِّرَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنَ الدَّيْنِ ، جَارَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ أَسْقَطَ حَقَّهُ جَارَ ، فَتَأْخِيرُهُ أَوْلَى . فَإِنْ قَبِضَ الشَّرِيكَ بَعْدَ ذَلِكَ شَيْئاً ، لَمْ يَكُنْ لِشَرِيكِهِ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَالْأَوْلَى أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ الْحَالُ لَا يَتَأَجَّلُ بِالتَّأْجِيلِ ؛ فَوُجُودُ التَّأْجِيلِ كَعَدَمِهِ . فَأَمَّا إِنْ قُلْنَا بِالرُّوَايَةِ الْأُخْرَى ، وَأَنَّ مَا يَقْبِضُهُ^(٢٨) أَحَدُهُمَا لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ، فَوَجْهُهَا أَنَّ مَا فِي الدَّيْنِ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْعَيْنِ إِلَّا بِتَسْلِيمِهِ إِلَى غَرِيمِهِ^(٢٩) أَوْ وَكِيلِهِ ، وَمَا قَبِضَهُ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِشَرِيكِهِ فِيهِ قَبْضٌ ، وَلَا لَوْ كَيْلَهُ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ فِيهِ حَقٌّ ، وَكَانَ لِقَابِضِهِ ؛ لِثُبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ بِحَقٍّ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَ الدَّيْنُ بِسَبْيَيْنِ . وَلَيْسَ هَذَا قِسْمَةً الدَّيْنِ فِي الدَّيْنِ ، وَإِنَّمَا تَعَيَّنَ حَقُّهُ بِقَبْضِهِ ، فَأُشْبِهَ تَعَيُّنَهُ بِالْإِبْرَاءِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِبَغِيرِ الْقَابِضِ حَقٌّ فِي الْمَقْبُوضِ ، لَمْ يَسْقُطْ بِتَلْفِهِ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ ، وَلِأَنَّ هَذَا الْقَبْضَ لَا يَحُلُوْهُ إِذَا كَانَ يَكُونُ بِحَقٍّ أَوْ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَإِنْ كَانَ بِحَقٍّ ، لَمْ يُشَارِكْهُ غَيْرُهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الدَّيْنُ بِسَبْيَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ حَقٍّ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مُطَالَبَتُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الدَّيْنِ لَا فِي الْعَيْنِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَخَذَ غَاصِبٌ مِنْهُ مَا لَمْ يَفْعَلْ ، فَعَلَى هَذَا مَا قَبِضَهُ الْقَابِضُ يَخْتَصُّ بِهِ دُونَ شَرِيكِهِ ، وَلَيْسَ لِشَرِيكِهِ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ . وَإِنْ اشْتَرَى بِنَصِيْبِهِ ثَوْبًا ، صَحَّ ، وَلَمْ يَكُنْ لِشَرِيكِهِ إِبْطَالُ الشَّرَاءِ . وَإِنْ قَبِضَ أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ ، لَمْ يَبْرَأِ الْغَرِيمُ مِمَّا زَادَ عَلَى حَقِّهِ .

فصل : واختلفت الرواية عن أحمد ، في قِسْمَةِ الدَّيْنِ فِي الدَّيْنِ ، فَتَقَلَّ حَنْبَلٌ مَنَعَ ذَلِكَ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَا تَتَكَافَأُ وَلَا تَتَعَادَلُ ، وَالْقِسْمَةُ تُقْتَضَى بِالتَّعْدِيلِ . وَأَمَّا الْقِسْمَةُ مِنْ غَيْرِ تَعْدِيلٍ فَهِيَ بَيْعٌ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ . فَعَلَى هَذَا لَوْ تَقَاسَمَا ، ثُمَّ تَوَيَّ^(٣٠) بَعْضُ الْمَالِ ، رَجَعَ مِنْ تَوَيَّ مَالَهُ عَلَى مَنْ لَمْ يَتَوَيَّ . وَهَذَا قَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَالتَّحْيِيُّ . وَتَقَلَّ حَرْبٌ جَوَازَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ لَا يَمْنَعُ الْقِسْمَةَ ، كَمَا لَوْ اِخْتَلَفَتْ

(٢٨) في م : ١ قبضه .

(٢٩) في ١ : ١ غيروه .

(٣٠) توى : هلك .

الأعيان . وبه قال الحسن ، وإسحاق . فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو ، إذا أبرأ كل واحد منهما^(٣١) صاحبه . وهذا إذا كان في ذميم ، فأما في ذمة واحدة ، فلا تمكن القسمة ؛ لأن معنى القسمة إفرار الحق ، ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة .

فصول في العبد المأذون له : يجوز أن يأذن السيد لعبد في التجارة . بغير خلاف / ١٦١/٤ ط
نعلمه ؛ لأن الحجر عليه إنما كان لحق سيده ، فجاز له التصرف بإذنه . وينفك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه ؛ لأن تصرفه إنما جاز بإذن سيده ، فزال الحجر في قدر ما أذن فيه ، كالوكالة^(٣٢) . فإن دفع إليه مالا يتجر فيه^(٣٣) كان له أن يبيع ويشترى ويتجر فيه . وإن أذن له أن يشتري في ذمته ، جاز . وإن عين له نوعا من المال يتجر فيه ، جاز ، ولم يكن له التجارة في غيره . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز أن يتجر في غيره ، وينفك عنه الحجر^(٣٤) مطلقا ؛ لأن إذنه إطلاق من الحجر وفك له ، والإطلاق لا ينعض ، كبلوغ الصبي . ولنا ، أنه متصرف بالإذن من جهة الآدمي ، فوجب أن يختص ما أذن له فيه ، كالوكالة والمضارب . وما قاله ينتقض^(٣٥) بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه ، أو طعام لياكله . ويخالف البلوغ ؛ فإنه يزول به المعنى الموجب للحجر ، فإن البلوغ مظنة كمال العقل ، الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة ، وههنا الرق سبب الحجر ، وهو موجود ، فتطير البلوغ في الصبي العتق للعبد ، وإنما يتصرف العبد بالإذن ، ألا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح ، بخلاف العبد !

فصل : وإذا أذن له في التجارة ، لم يجز له أن يوجر نفسه ، ولا يتوكل لإنسان . وبه

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) في م : كالوكالة .

(٣٣) في ا ، ب ، م : د به .

(٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥) في ب ، م : ينتقض .

قال الشافعي . وأباحهما أبو حنيفة ؛ لأنه يتصرف لنفسه ، فملك ذلك كالمكاتب . ولنا ، أنه عقد على نفسه ، فلا يملكه بالإذن في التجارة ، كبيع^(٣٦) نفسه وتزويجه . وقولهم : إنه يتصرف لنفسه . ممنوع ، بل يتصرف لسيده ، وهذا فارق المكاتب^(٣٧) فإن المكاتب يتصرف لنفسه ، ولهذا كان له أن يبيع من سيده .

فصل : وإذا رأى السيد عبده يتجر ، فلم ينهه ، لم يصير مأذوناً له . وبه^(٣٨) قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصير مأذوناً له ؛ لأنه سكت عن حقه ، فكان مستقطاً له ، كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة . ولنا ، أنه تصرف يفتقر إلى الإذن ، فلم يقيم السكوت مقام الإذن ، كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت ، أو باع المرتهن الراهن ساكت ، وكتصرفات الأجانب . ويخالف الشفعة ؛ فإنها تسقط بمضي الزمان إذا علم بها^(٣٩) ؛ لأنها على الفور .

فصل : ولا يبطل الإذن بالإباق . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يبطل ؛ لأنه يزيل به^(٤٠) ولاية السيد عنه في التجارة ، بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه ، فأشبه ما لو باعه . ولنا ، أن الإباق / لا يمنع ابتداء الإذن له^(٤١) في التجارة ، فلم يمنع استدামته ، كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره . وما ذكره غير صحيح ؛ فإن سبب الولاية باق وهو الرق ، ويجوز بيعه وإجارته ممن يقدر عليه ، ويبطل بالمعصوب .

(٣٦) في م : « وبيع » .

(٣٧) ٣٧-٣٧) سقط من : م .

(٣٨) في م : « وهذا » .

(٣٩) سقط من : أ ، ب ، م .

(٤٠) سقط من : الأصل .

(٤١) في ب زيادة : « إن » .

فصل : ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ، ولا كسوة الثياب . وتجوز هبته المأكول ، وإعارة دابته ، واتخاذ الدعوة ، ما لم يكن إسرافاً . وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده ؛ لأنه تبرع بمال موله ، فلم يجز ، كهبته دراهمه . ولنا ، أن النبي ﷺ كان يجيب دعوة المملوك^(٤٢) . وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد ، أنه تزوج ، فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله ﷺ ؛ منهم : عبد الله بن مسعود ، وحذيفة ، وأبو ذر ، فأثمهم وهو يومئذ عبد . رواه صالح في مسائله بإسناده^(٤٣) . ولأن العادة جارية بهذا بين التجار ، فجاز ، كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها .

(٤٢) أخرجه الترمذي ، في : باب آخر ، من أبواب الجنائز . عارضة الأحوذى ٤ / ٢٣٥ . وابن ماجه ، في : باب ما للعبد أن يعطي ويتصدق ، من كتاب التجارات ، وفي : باب البراءة من الكبر والتواضع ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٠ ، ١٣٩٨ .

(٤٣) تقدم تخريجه في : ٣ / ٢٦ ، ٢٧ .

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ ^(١) . فجوز العمل عليها ، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين ، وأيضاً قوله تعالى : ﴿ فَأَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ ﴾ ^(٢) . وهذه وكالة . وأما السنة ، فروى أبو داود ، والأثرم ، وابن ماجه ^(٣) ، عن الزبير بن الخريت ، عن أبي لبيد لِمَا زَهَ بْن زُبَّارٍ ، عن عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ قَالَ : عَرَضَ لِلنَّبِيِّ ﷺ جَلَبٌ ، فَأَعْطَانِي دِينَارًا ، فَقَالَ : « يَا عُرْوَةُ ، اثْبِتِ الْجَلَبَ ، فَاشْتَرِ لَنَا شَاةً » . قَالَ : فَأَتَيْتُ الْجَلَبَ ، فَسَأَوْتُ صَاحِبَهُ ، فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ ، فَجِئْتُ أُسَوِّفُهُمَا ، أَوْ أَقْودُهُمَا ، فَلَقِيتَنِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ ، فَسَأَوْنِي ، فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بِدِينَارٍ ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ بِالْدِينَارِ وَالشَّاةِ ^(٤) . فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، هَذَا دِينَارُكُمْ ، وَهَذِهِ شَاتُكُمْ . قَالَ : « وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ » . قَالَ : فَحَدَّثْتُهُ الْحَدِيثَ . قَالَ : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفَقَةِ يَمِينِهِ » . هَذَا لَفْظُ رِوَايَةِ الْأَثَرَمِ . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٥) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ لَهُ ^(٦) : إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ . فَقَالَ : « اثْبِتِ وَكِيلِي ، فَخُذْ مِنْهُ خُمْسَةَ عَشَرَ وَسَقًا ، فَإِنْ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً ، فَضَعْ يَدَكَ

(١) سورة التوبة ٦٠ .

(٢) سورة الكهف ١٩ .

(٣) تقدم ترجمته في : ٦ / ٢٩٥ .

(٤) في الأصل : « والشاة » .

(٥) في : باب في الوكالة ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٨٢ .

(٦) سقط من : الأصل .

عَلَى تَرْقُوتِهِ ». وَرَوَى عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّهُ وَكَّلَ عَمْرُو بْنُ أُمَيَّةَ الضَّمَرِيُّ ، فِي / قَبُولِ نِكَاحِ أُمِّ حَبِيبَةَ ، وَأَبَا رَافِعٍ فِي قَبُولِ نِكَاحِ مَيْمُونَةَ ^(٧) . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِ الْوَكَالَةِ فِي الْجُمْلَةِ . وَلَئِنْ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ كُلَّ وَاحِدٍ فَعَلٌ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، فَدَعَتِ الْحَاجَةَ إِلَيْهَا .

فصل : وَكُلُّ مَنْ صَحَّ تَصَرُّفُهُ فِي شَيْءٍ بِنَفْسِهِ ، وَكَانَ مِمَّا تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، صَحَّ أَنْ يُوَكَّلَ فِيهِ رَجُلًا كَانَ ^(٨) أَوْ امْرَأَةً ، حُرًّا كَانَ ^(٩) أَوْ عَبْدًا ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا . وَأَمَّا مَنْ يَتَصَرَّفُ بِالْإِذْنِ ، كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ ، وَالْوَكِيلِ ، وَالْمُضَارِبِ ، فَلَا يَدْخُلُونَ ^(٩) فِي هَذَا . لَكِنْ يَصِحُّ مِنَ الْعَبْدِ التَّوَكُّلُ فِيمَا يَمْلِكُهُ دُونَ سَيِّدِهِ ، كَالطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ . ^(١٠) وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفِّهِ ، لَا يُوَكَّلُ إِلَّا فِيمَا لَهُ فِعْلُهُ ، مِنَ الطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ ^(١١) ، وَطَلَبِ الْقِصَاصِ ، وَنَحْوِهِ . وَكُلُّ مَا يَصِحُّ ^(١١) أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ بِنَفْسِهِ ، وَتَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، صَحَّ أَنْ يَتَوَكَّلَ لغيرِهِ فِيهِ ، إِلَّا الْفَاسِقَ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَقْبَلَ النِّكَاحَ لِنَفْسِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَقْبَلَهُ لغيرِهِ . وَكَلَامُ أَبِي الْحَطَّابِ يَفْتَضِي جَوَازَ ذَلِكَ . وَهُوَ الْقِيَاسُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . فَأَمَّا تَوَكُّلُهُ فِي الْإِجَابِ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي تُثَبِّتُ الْوِلَايَةَ لَهُ . وَذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَجُوزُ تَوَكُّلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَلِيِّ . وَوَجْهُ الْوَجْهِ الْآخَرِ ، أَنَّهُ مُوجِبٌ لِلنِّكَاحِ ، أَشْبَهَ الْوَلِيِّ . وَلِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَوَكَّلَ فِيهِ ، كَالْمَرْأَةِ . وَيَصِحُّ تَوَكُّلُ الْمَرْأَةِ فِي طَّلَاقِ نَفْسِهَا ، وَطَّلَاقِ غَيْرِهَا . وَيَصِحُّ تَوَكُّلُ الْعَبْدِ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّنْ يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَهُ لِنَفْسِهِ ؛ وَإِنَّمَا يَقِفُ ذَلِكَ عَلَى إِذْنِ سَيِّدِهِ ، لِيَرْضَى

(٧) ذَكَرَهُمَا الْحَافِظُ ابْنُ حَجَرٍ فِي : كِتَابِ الْوَكَالَةِ . تَلْخِصُ الْحَبِيرِ ٣ / ٥٠ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « يَدْخُلُ » .

(١٠-١١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « صَحَّ » .

بَتَعْلُقِ الْحُقُوقِ بِهِ . وَمَنْ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي شَيْءٍ لِنَفْسِهِ ، لَا يَصِحُّ أَنْ يَتَوَكَّلَ فِيهِ ، كَالْمَرْأَةِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ وَقَبُولِهِ ، وَالْكَافِرِ فِي تَزْوِيجِ مُسْلِمَةٍ ، وَالطِّفْلِ وَالْمَجْنُونِ فِي الْحُقُوقِ كُلِّهَا .

فصل : وَلِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِنَفْسِهِ . وَلَهُ أَنْ يَتَوَكَّلَ بِجُعْلٍ ، لِأَنَّهُ مِنْ اكْتِسَابِ الْمَالِ . وَلَا يُنْعَى الْمُكَاتَبُ مِنَ الْاِكْتِسَابِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَوَكَّلَ لغيرِهِ بغيرِ جُعْلٍ ، إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ كَأَعْيَانِ مَالِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ بِذَلِكَ عَيْنٌ مَالَهُ بغيرِ عَوَضٍ . وَلِلْعَبْدِ أَنْ يَتَوَكَّلَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ التَّوَكُّلُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ مَا ذُوْنَاهُ فِي التِّجَارَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي التِّجَارَةِ لَا يَتَنَاوَلُ التَّوَكُّيلَ . وَتَصِحُّ وَكَالَةُ الصَّبِيِّ الْمُرَاهِقِ ، إِذَا أُذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ .

٨٤٠ - مسألة ؛ قال : (وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي الشِّرَاءِ وَالبَيْعِ ، وَمُطَابَقَةِ^(١) الْحُقُوقِ ، وَالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ ، حَاضِرًا كَانَ الْمُوَكَّلُ أَوْ غَائِبًا)

لَا نَعْلَمُ خِلَافًا فِي جَوَازِ التَّوَكُّيلِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا الدَّلِيلَ عَلَيْهِ مِنَ الْآيَةِ وَالْحَبْرِ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى التَّوَكُّيلِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مِمَّنْ لَا يُحْسِنُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ ، أَوْ لَا يُمْكِنُهُ الْخُرُوجُ إِلَى السُّوقِ . وَقَدْ يَكُونُ لَهُ مَالٌ وَلَا يُحْسِنُ التِّجَارَةَ فِيهِ ، وَقَدْ يُحْسِنُ وَلَا يَتَفَرَّغُ ، وَقَدْ لَا تَلِيْقُ بِهِ التِّجَارَةُ لَكُونِهِ أَمْرًا ، أَوْ مِمَّنْ يَتَغَيَّرُ بِهَا ، وَيَحْطُ ذَلِكَ مِنْ مَنْزِلَتِهِ ، فَأَبَاحَهَا الشَّرْعُ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ ، / وَتَخْصِيْلًا لِمَصْلَحَةِ الْآدَمِيِّ^{١٦٣/٤} الْمَخْلُوقِ لِعِبَادَةِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ . وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي الْحَوَالَةِ ، وَالرَّهْنِ ، وَالضَّمَانِ ، وَالْكَفَالَةِ ، وَالشَّرَكَةِ ، وَالْوَدِيعَةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالْجَعَالَةِ ، وَالْمُسَاقَاةِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالْقَرْضِ ، وَالصِّلْحِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالْوَقْفِ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَالْفَسْخِ ، وَالْإِبْرَاءِ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الْبَيْعِ فِي الْحَاجَةِ إِلَى التَّوَكُّيلِ فِيهَا ، فَيُثَبَّتُ فِيهَا حُكْمُهُ . وَلَا نَعْلَمُ فِي شَيْءٍ مِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَمُطَابَقَةِ » .

ذلك اختِلافًا . ويجوزُ التَّوكِيلُ في عَقْدِ النِّكَاحِ في الإيجابِ والقَبُولِ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ عَمْرُو بنَ أُمَيَّةَ ، وأبَا رَافِعَ ، في قَبُولِ النِّكَاحِ له^(٢) . ولأنَّ الحَاجَةَ تَدْعُو إليه ، فَإِنَّهُ رَمَّا احتَاجَ إلى التَّزْوَاجِ من مَكَانٍ بَعِيدٍ ، لا يُمكنُهُ السَّفَرُ إليه ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَ أُمَّ حَبِيبَةَ ، وهى يَوْمَئِذٍ بِأَرْضِ الحَبَشَةِ^(٣) . وَيَجُوزُ التَّوكِيلُ في الطَّلَاقِ ، والخُلْعِ ، والرَّجْعَةِ ، والعَتَاقِ ؛ لأنَّ الحَاجَةَ تَدْعُو إليه ، كدُعَائِهَا إلى التَّوكِيلِ في البَيْعِ والنِّكَاحِ . ويجوزُ التَّوكِيلُ في تَحْصِيلِ المُبَاحَاتِ ، كإِحيَاءِ المَوَاتِ ، وإِسْقَاءِ^(٤) المَاءِ ، والاضْطِیَادِ ، والاختِشَاشِ ؛ لأنَّهَا تَمْلُكُ مالٍ بِسَبَبٍ لا يَتَعَيَّنُ عليه ، فجازَ التَّوكِيلُ فيه ، كالإِتْيَاعِ والائْتِهَابِ . ويجوزُ التَّوكِيلُ في إثْبَاتِ القِصَاصِ ، وَحَدِّ القَذْفِ ، واسْتِيفَائِهِمَا ، في حَضْرَةِ المُوَكَّلِ وَغَيْبَتِهِ ؛ لأنَّهُمَا من حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ ، وتَدْعُو الحَاجَةَ إلى التَّوكِيلِ فِيهِمَا ، لأنَّ مَنْ لَهُ حَقٌّ قد لا يُحْسِنُ الاسْتِيفَاءَ ، أو لا يُحِبُّ أن يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ^(٥) .

فصل : ويجوزُ التَّوكِيلُ في مُطَالَبَةِ الحُقُوقِ ، وإثْبَاتِهَا ، والمُحَاكَمَةِ فِيهَا ، حَاضِرًا كان المُوَكَّلُ أو غَائِبًا ، صَحِيحًا أو مَرِيضًا . وبه قال مالِكٌ ، وابنُ أُمَيَّةَ ، وأبو يوسفَ ، ومُحمَّدٌ ، والشَّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : لِلْحَصْمِ أن يَمْنَعَ من مُحَاكَمَةِ الوَكِيلِ إذا كان المُوَكَّلُ حَاضِرًا ؛ لأنَّ حُضُورَهُ مَجْلِسَ الحُكْمِ ، ومُخَاصَمَتُهُ حَقٌّ لِحَصْمِهِ عليه ، فلم يَكُنْ لَهُ نَقْلُهُ إلى غَيْرِهِ بغيرِ رِضَاءِ حَصْمِهِ ، كالدَّيْنِ عليه . ولنا ، أَنَّهُ حَقٌّ تَجُوزُ النِّيَابَةُ فِيهِ ، فكان لِصَاحِبِهِ الاسْتِثْنَاءُ بغيرِ رِضَاءِ حَصْمِهِ ، كحالِ غَيْبَتِهِ وَمَرَضِهِ ، وكَدَفْعِ المالِ الَّذِي عليه ، ولأنَّهُ إجماعُ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ، فَإِنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وَكَلَّ عَقِيلًا عندَ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وقال : ما قُضِيَ لَه فَلَی ، وما قُضِيَ عَلَيْهِ

(٢) تقدم تخریجه فی صفحة ١٩٧ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، فی : المسند ٦ / ٤٢٧ .

(٤) فی الأصل : « واستقاء » .

(٥) سقط من : ا ، ب ، م .

فَعَلَى . وَوَكَّلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ عِنْدَ عَثْمَانَ ، وَقَالَ : إِنَّ لِلْخُصُومَةِ قُحْمًا ، وَإِنَّ الشَّيْطَانَ لَيُحْضِرُهَا ، وَإِنِّي لِأَكْرَهُ أَنْ أُحْضَرَهَا . قَالَ أَبُو زَيْدٍ ^(٦) : الْقَحْمُ الْمَهَالِكُ . وَهَذِهِ قِصَصٌ انْتَشَرَتْ ، لِأَنَّهَا فِي مَظَلَّةِ الشُّهَرَةِ ، فَلَمْ يُنْقَلْ إِنْكَارُهَا ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ حَقٌّ ، أَوْ يُدْعَى عَلَيْهِ ، وَلَا يُحْسِنُ الْخُصُومَةَ ، أَوْ لَا يُحِبُّ أَنْ يَتَوَلَّاهَا بِنَفْسِهِ . وَيجوزُ التَّوَكُّيلُ فِي الْإِقْرَارِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْخَبَارٌ بِحَقٍّ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّوَكُّيلُ فِيهِ ، كَالشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِبْثَاتٌ حَقٌّ فِي الذِّمَّةِ بِالْقَوْلِ ، فَجَازَ التَّوَكُّيلُ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَفَارَقَ الشَّهَادَةُ ، فَإِنَّهَا لَا تُثَبِّتُ الْحَقَّ ، وَإِنَّمَا هِيَ ^(٧) إِنْخَبَارٌ بِثُبُوتِهِ عَلَى غَيْرِهِ .

١٦٣/٤ ظ / فصل : وَلَا يَصِحُّ التَّوَكُّيلُ فِي الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ الشَّاهِدِ ^(٨) لِكَوْنِهَا خَبَرًا عَمَّا رَأَاهُ أَوْ سَمِعَهُ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ هَذَا الْمَعْنَى فِي نَائِبِهِ . فَإِنْ اسْتَنَابَ فِيهَا ، كَانَ النَّائِبُ شَاهِدًا عَلَى شَهَادَتِهِ ، لِكَوْنِهِ يُؤَدِّي مَا سَمِعَهُ مِنْ شَاهِدِ الْأَصْلِ ، وَلَيْسَ وَكَيْلًا ^(٩) . وَلَا يَصِحُّ فِي الْأَيْمَانِ وَالنَّذُورِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ الْحَالِفِ وَالنَّاذِرِ ، فَأُسْبِهَتِ الْعِبَادَاتُ الْبَدَنِيَّةُ وَالْحُدُودُ . وَلَا يَصِحُّ فِي الْإِيلَاءِ وَالْقَسَامَةِ وَاللَّعَانِ ؛ لِأَنَّهَا أَيْمَانٌ . وَلَا فِي الْقَسَمِ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِدَيْنِ الزَّوْجِ لِأَمْرِ لَا يُوجَدُ مِنْ غَيْرِهِ . وَلَا فِي الرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُرْضِعَةِ وَالْمُرْتَضِعِ ، لِأَمْرِ يَخْتَصُّ بِإِبْثَاتِ لَحْمِ الْمُرْتَضِعِ ، وَإِنْشَارِ عَظْمِهِ بِلَبَنِ الْمُرْضِعَةِ . وَلَا فِي الظُّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ مُنْكَرٌ وَزُورٌ ، فَلَا يَجُوزُ فِعْلُهُ ، وَلَا الْاسْتِنَابَةُ فِيهِ . وَلَا يَصِحُّ فِي الْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ . وَلَا فِي الْجَنَائِيَّاتِ ؛ لِذَلِكَ . وَلَا فِي كُلِّ مُحَرَّمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ فِعْلُهُ ، فَلَمْ يَجْزِ لِنَائِبِهِ .

فصل : فَأَمَّا حُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى فَمَا كَانَ مِنْهَا حَدًّا كَحَدِّ الزُّنَى وَالسَّرِقَةِ ، جَازَ التَّوَكُّيلُ

(٦) فِي اللِّسَانِ (ق ح م) أَنَّهُ أَبُو زَيْدٍ الْكَلَابِيُّ .

(٧) فِي ١ ، ب ، م ، : هُوَ .

(٨) فِي ١ ، ب ، م ، : الشَّهَادَةُ .

(٩) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، : يُوَكِّلُ .

في استيفائه ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « آغْدُ يَا أُتَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا » . فَعَدَا عَلَيْهَا أُتَيْسٌ ، فَاَعْتَرَفَتْ ، فَأَمَرَ بِهَا فَرَجَمَتْ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٠) . وَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِرَجْمِ مَا عَزَرَ ، فَرَجَمُوهُ ^(١١) . وَوَكَّلَ عُثْمَانُ عَلِيًّا فِي إِقَامَةِ حَدِّ الشُّرْبِ عَلَى الْوَلِيدِ بْنِ عُقْبَةَ . وَوَكَّلَ عَلِيُّ الْحَسَنَ فِي ذَلِكَ ، فَأَبَى الْحَسَنُ ، فَوَكَّلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ ، فَأَقَامَهُ ، وَعَلِيُّ يَعُدُّ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(١٢) . وَلَأنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ لَا يُمَكِّنُهُ تَوَكُّلُ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ . وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي إِبْتَائِهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَجُوزُ فِي إِبْتَائِهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا تَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَقَدْ أَمَرْنَا بِدَرْئِهَا بِهَا ، وَالتَّوَكُّيلُ يُوصِلُ إِلَى الْإِيجَابِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ أُتَيْسٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَهُ فِي إِبْتَائِهِ وَاسْتِيفَائِهِ جَمِيعًا ، فَإِنَّهُ قَالَ : « فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا » . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ نَبَتْ ، وَقَدْ وَكَّلَهُ فِي إِبْتَائِهِ ^(١٣) وَاسْتِيفَائِهِ جَمِيعًا ^(١٤) . وَلَأنَّ الْحَاكِمَ إِذَا اسْتَنَابَ ، دَخَلَ فِي

(١٠) أخرجه البخارى ، في : باب الوكالة في الحدود ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب إذا اصطلحو على جور فالصلح مردود ، من كتاب الصلح ، وفي : باب الشروط التي لا تحمل في الحدود ، من كتاب الشروط ، وفي : باب هل يأمر الإمام رجلاً فيضرب الحد غائباً عنه ، من كتاب الحدود ، وفي : باب كيف كان بين النبي ﷺ ، من كتاب الأيمان ، وفي : باب الاعتراف بالزنى ، وباب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى ... ، من كتاب الحدود ، وفي : باب هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلاً وحده للنظر في الأمور ، من كتاب الأحكام ، وفي : باب ما جاء في إجازة خير الواحد ، من كتاب الآحاد . صحيح البخارى ٣ / ١٣٤ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٥٠ ، ٨ / ٤٦ ، ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢١٤ ، ٩٠ / ٩٤ ، ١١٠ . ومسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود ، صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٤ ، ١٣٢٥ . كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع ، وفي : باب ما جاء في الرجم على الثيب ، من أبواب الحدود . عارضة الأحوذى ٦ / ٢٠٣ ، ٢٠٥ . والنسائى ، في : باب صون النساء عن مجلس الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١١ . وابن ماجه ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٥٢ . والدارمى ، في : باب الاعتراف في الزنى ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ٢ / ١٧٧ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢ / ٨٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١١٥ ، ١١٦ .

(١١) أخرجه مسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٠ . وأبو داود ، في : باب رجم ماعز بن مالك ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢ / ٤٥٦ - ٤٥٩ . والدارمى ، في : باب الاعتراف بالزنا ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ٢ / ١٧٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٦٢ .

(١٢) في : باب حد الخمر ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣١ ، ١٣٣٢ .

(١٣-١٤) سقط من : الأصل .

ذلك الحُدُودُ ، فإذا دَخَلَتْ في التَّوَكُّيلِ بِطَرِيقِ الْعُمُومِ ، وَجَبَ أَنْ تَدْخُلَ بِالتَّخْصِصِ
بِهَا أُولَى ، وَالْوَكِيلُ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوكَّلِ فِي دَرْيَهِهَا بِالشُّبُهَاتِ . وَأَمَّا الْعِبَادَاتُ ، فَمَا كَانَ
مِنْهَا لَهُ تَعَلُّقٌ بِالْمَالِ ، كَالزَّكَاةِ وَالصَّدَقَاتِ وَالْمَنْذُورَاتِ وَالْكَفَّارَاتِ ، جَازَ التَّوَكُّيلُ فِي
قَبْضِهَا وَتَفْرِيقِهَا ، وَيجوزُ لِلْمُخْرِجِ التَّوَكُّيلُ فِي إِخْرَاجِهَا وَدَفْعِهَا إِلَى مُسْتَحِقِّهَا . وَيجوزُ أَنْ
يَقُولَ لغيرِهِ : أَخْرِجْ زَكَاةَ مَالِي مِنْ مَالِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ عُمَّالَهُ لِقَبْضِ الصَّدَقَاتِ
وَتَفْرِيقِهَا ، وَقَالَ لِمُعَاذٍ حِينَ بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ : « أَعْلَمُهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ
أَغْنِيائِهِمْ ، فَتَرُدُّ فِي ^(١٤) فَقَرَائِهِمْ ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوكَ ^(١٥) بِذَلِكَ ، فَإِيَّاكَ وَكَرَائِمَ
أُمُورِهِمْ ، وَاتَّبِعْ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهَا ^(١٦) وَبَيْنَ اللَّهِ حِجَابٌ » . مُتَّفَقٌ
عليه ^(١٧) . وَيجوزُ / التَّوَكُّيلُ فِي الْحَجِّ إِذَا أَيْسَرَ الْمَحْجُوجُ عَنْهُ مِنَ الْحَجِّ بِنَفْسِهِ ، وَكَذَلِكَ
الْعُمْرَةُ . وَيجوزُ أَنْ يُسْتَتَابَ مَنْ يَحُجُّ عَنْهُ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَأَمَّا الْعِبَادَاتُ الْبَدَنِيَّةُ الْمَخْصُصَةُ ،
كَالصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ وَالطَّهَارَةِ مِنَ الْحَدَثِ ، فَلَا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِبَدَنِ مَنْ
هِيَ عَلَيْهِ ، فَلَا يَقُومُ غَيْرُهُ بِمَقَامِهِ فِيهَا ، إِلَّا أَنْ الصِّيَامَ الْمَنْذُورَ يُفْعَلُ عَنِ الْمَيِّتِ ، وَلَيْسَ
ذَلِكَ بِتَّوَكُّيلٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوكَّلْ فِي ذَلِكَ ، وَلَا وَكَّلَ فِيهِ غَيْرُهُ . وَلَا يَجُوزُ فِي الصَّلَاةِ إِلَّا فِي
رَكْعَتَيِ الطَّوَارِفِ تَبَعًا لِلْحَجِّ . وَفِي فِعْلِ الصَّلَاةِ الْمَنْذُورَةِ ، ^(١٨) وَفِي الْاِعْتِكَافِ ^(١٩)

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، م : « عَلَى » .

(١٥) فِي ١ : « أَطَاعُوا لَكَ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « بَيْنَهُ » .

(١٧) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ وَجُوبِ الزَّكَاةِ ، وَبَابِ أَخْذِ الصَّدَقَةِ مِنَ الْأَغْنِيَاءِ وَتَرَدُّ فِي الْفُقَرَاءِ حَيْثُ كَانُوا ، مِنْ
كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَفِي : بَابِ بَعَثَ أَبِي مُوسَى وَمُعَاذٍ إِلَى الْيَمَنِ قَبْلَ حِجَّةِ الْوَدَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ
٢ / ١٣٠ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، ٥ / ٢٠٥ ، ٢٠٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الدَّعَاءِ إِلَى الشَّهَادَتَيْنِ وَشَرَائِعِ الْإِسْلَامِ ، مِنْ
كِتَابِ الْإِيمَانِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١ / ٥٠ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي زَكَاةِ السَّائِمَةِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١ / ٣٦٦ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي :
بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ أَخْذِ خِيَارِ الْمَالِ فِي الصَّدَقَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الزَّكَاةِ . عَارِضَةُ الْأُخُوذِيِّ ٣ / ١١٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي :
بَابِ وَجُوبِ الزَّكَاةِ ، وَبَابِ إِخْرَاجِ الزَّكَاةِ مِنْ بِلَدٍ إِلَى بِلَدٍ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمُجْتَبَى ٥ / ٣ ، ٤١ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي :
بَابِ فَرَضِ الزَّكَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ١ / ٥٦٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي فَضْلِ الزَّكَاةِ ، مِنْ كِتَابِ
الزَّكَاةِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ١ / ٣٧٩ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمُسْنَدُ ١ / ٢٣٣ .
(١٨-١٩) فِي الْأَصْلِ : « وَالْاِعْتِكَافُ » .

الْمُنْدُورِ عَنِ الْمَيِّتِ رَوَاتَيْنِ . وَلَا تَجُوزُ الِاسْتِنَابَةُ فِي الطَّهَارَةِ ، إِلَّا فِي صَبِّ الْمَاءِ ، وَإِصْلَالِ الْمَاءِ ^(١٩) إِلَى الْأَعْضَاءِ ^(٢٠) ، وَفِي تَطْهِيرِ النَّجَاسَةِ عَنِ الْبَدَنِ وَالثَّوْبِ وَغَيْرِهِمَا .

فصل : وكل ما جاز التوكيل فيه ، جاز استيفاءه في حضرة الموكِّل وغيبته . نصَّ عليه أحمد . وهذا مذهب مالك . وقال بعض أصحابنا : لا يجوز استيفاء القصاص وحذ القذف في غيبة الموكِّل . أو ما إليه أحمد . وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية ؛ لأنه يحتمل أن يغفو الموكِّل في حالة غيبته ، فيسقط ؛ وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء . ولأنَّ الغفو مندوبٌ إليه ، فإذا حضر ، احتمل أن يرحمه فيغفو . والأوَّل ظاهر المذهب ؛ لأنَّ ما جاز استيفاءه في حضرة الموكِّل ، جاز في غيبته ، كالحدود وسائر الحقوق ، واحتمال الغفو بعيد . والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بغفوه ، والأصل عدمه ، فلا يؤثر ، ألا ترى أن قضاة رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد ، ويقيمون الحدود التي تُدْرَأُ بالشبهات ، مع احتمال التسخ ؟ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحدود بإحضار الشهود ، مع احتمال رجوعهم عن الشهادة ، أو تغيير اجتهاد الحاكم .

فصل : ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول ؛ لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما ، فافتقر إلى الإيجاب والقبول ، كالبيع . ويجوز الإيجاب بكل لفظ دلَّ على الإذن ، نحو أن يأمره بفعل شيء ، أو يقول : أذنْتُ لك في فعله . فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ وكلَّ عُرْوَةَ بْنَ الْجَعْدِ فِي شِرَاءِ شَاةٍ بِلَفْظِ الشِّرَاءِ ^(٢١) ، وقال الله تعالى ، مُخْبِرًا عَنْ أَهْلِ الْكَهْفِ أَنَّهُمْ قَالُوا : ﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ ﴾ ^(٢٢) . ولأنَّه لفظ دلَّ على الإذن ، فجرى مجرى قوله : وكلتكَ . ويجوز القبول بقوله : قبلتُ . وكل لفظ دلَّ عليه . ويجوز بكل فعل دلَّ على القبول ، نحو أن

(١٩-١٩) في م : « للأعضاء » .

(٢٠) تقدم تخريجه في : ٦ / ٢٩٥ .

(٢١) سورة الكهف ١٩ .

يَفْعَلُ مَا أَمَرَهُ بِفِعْلِهِ ؛ لِأَنَّ الدِّينَ وَكُلَّهُمُ النَّبِيُّ ﷺ لَمْ يُنْقَلْ عَنْهُمْ سِيَرُ امْتِثَالِ أَمْرِهِ . وَلَئِنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، فَجَازَ الْقَبُولُ فِيهِ بِالْفِعْلِ ، كَأَكْلِ الطَّعَامِ . وَيجوزُ الْقَبُولُ عَلَى الْفَوْرِ وَالْتَرَاخِي ، نَحْوُ أَنْ يُلْعَقَهُ أَنْ رَجُلًا وَكُلَّهُ / فِي بَيْعِ شَيْءٍ مِنْذُ سَنَةٍ ، فَيَبِيعُهُ . أَوْ يَقُولُ : قَبِلْتُ . أَوْ يَأْمُرُهُ بِفِعْلِ شَيْءٍ ، فَيَفْعَلُهُ بَعْدَ مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ ؛ لِأَنَّ قَبُولَ وَكَلَاءِ النَّبِيِّ ﷺ لَوْ كَالْتِهَ كَانَ بِفِعْلِهِمْ ، وَكَانَ مُتَرَاخِيًا عَنْ تَوْكِيلِهِ إِيَّاهُمْ . وَلَئِنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، وَالْإِذْنُ قَائِمٌ ، مَا لَمْ يَرْجَعْ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَ الْإِبَاحَةَ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : ويجوزُ تَعْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ، نَحْوُ قَوْلِهِ : إِذَا قَدِمَ الْحَاجُّ فَبِعَ هَذَا الطَّعَامَ . وَإِذَا جَاءَ الشِّتَاءُ فَاشْتَرِ لَنَا فَحْمًا . وَإِذَا جَاءَ الْأَضْحَى فَاشْتَرِ لَنَا أَضْحِيَّةً . وَإِذَا طَلَبَ مِنْكَ أَهْلِي شَيْئًا فَادْفَعْهُ إِلَيْهِمْ . وَإِذَا دَخَلَ رَمَضَانُ فَقَدْ وَكَلْتُكَ فِي كَذَا^(٢٢) ، أَوْ فَأَنْتَ وَكِيلِي . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ ، لَكِنْ إِنْ تَصَرَّفَ صَحَّ تَصَرُّفُهُ ؛ لِوُجُودِ الْإِذْنِ ، وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا بِجُعْلٍ فَسَدَ الْمُسَمَّى ، وَلَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُ بِهِ التَّصَرُّفُ فِي الْحَيَاةِ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَجَعَفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ »^(٢٣) . وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ . وَلَئِنَّهُ عَقْدٌ اعْتَبِرَ فِي حَقِّ الْوَكِيلِ^(٢٤) ، وَهُوَ إِبَاحَةُ التَّصَرُّفِ وَصِحَّتُهُ ، فَكَانَ صَحِيحًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ وَكِيلِي فِي بَيْعِ عَبْدِي إِذَا قَدِمَ الْحَاجُّ . وَلَئِنَّهُ لَوْ قَالَ : وَكَلْتُكَ فِي شِرَاءِ كَذَا ، فِي وَقْتِ كَذَا . صَحَّ بِلَا خِلَافٍ ، وَمَحَلُّ التَّرَاخُ فِي مَعْنَاهُ . وَلَئِنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، أَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ وَالتَّأْمِيرَ . وَلَئِنَّهُ عَقْدٌ يَصِحُّ بِغَيْرِ جُعْلٍ ، وَلَا يَحْتَضِرُ فَاعِلُهُ بِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَى ، فَصَحَّ بِالْجُعْلِ ، كَالْتَوْكِيلِ النَاجِزِ .

فصل : ويجوزُ التَّوْكِيلُ بِجُعْلٍ وَبِغَيْرِ^(٢٥) جُعْلٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ أَنْيْسًا فِي إِقَامَةِ

(٢٢) في م : هَذَا .

(٢٣) أخرجه البخاري ، في : باب غزوة مؤتة من أرض الشام ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ٥ / ١٨٢ .

والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٠٤ ، ٢٥٦ ، ٥ / ٣٠٠ .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) في ا ، ب ، م : هَذَا وَغَيْرُهُ .

الْحَدَّ^(٢٦) ، وَعُرْوَةَ فِي شِرَاءِ شَاةٍ^(٢٧) ، وَعَمْرًا وَأَبَا رَافِعٍ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ بِغَيْرِ جُعْلٍ^(٢٨) .
 وَكَانَ يَبْعُثُ عُمَّالَهُ لِقَبْضِ الصَّدَقَاتِ ، وَيَجْعَلُ لَهُمْ عُمَالَةً . وَهَذَا قَالَ لَهُ ابْنُ عَمَّةٍ : لَوْ بَعَثْتَنَا
 عَلَى هَذِهِ الصَّدَقَاتِ ، فَتَوَدَّى إِلَيْكَ مَا يُوَدَّى النَّاسُ ، وَنُصِيبُ مَا يُصِيبُهُ النَّاسُ^(٢٩) ؟
 يَعْينَانِ الْعُمَالَةَ . فَإِنْ كَانَتْ بِجُعْلٍ ، اسْتَحَقَّ الْوَكِيلُ الْجُعْلَ بِتَسْلِيمِ مَا وَكِّلَ فِيهِ إِلَى
 الْمُوَكَّلِ ، إِنْ كَانَ مِمَّا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ ، كَتَوْبٍ يَنْسِجُهُ أَوْ يَقْصِرُهُ أَوْ يَخِيْطُهُ ، فَمَتَى
 سَلَّمَهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ مَعْمُولًا فَلَهُ الْأَجْرُ . وَإِنْ كَانَ الْخِيَّاطُ فِي دَارِ الْمُوَكَّلِ ، فَكُلَّمَا عَمِلَ
 شَيْئًا وَقَعَ مَقْبُوضًا ، فَيَسْتَحِقُّ الْوَكِيلُ الْجُعْلَ إِذَا فَرَغَ الْخِيَّاطُ مِنَ الْخِيَّاطَةِ . وَإِنْ وَكِّلَ فِي
 بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ حِجٍّ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ إِذَا عَمِلَهُ . وَإِنْ لَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ قَالَ :
 إِذَا بَعْتُ الثَّوْبَ ، وَقَبَضْتُ ثَمَنَهُ ، وَسَلَّمْتُهُ إِلَيَّ ، فَلَكَ الْأَجْرُ . لَمْ يَسْتَحِقَّ مِنْهَا شَيْئًا حَتَّى
 يُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ فَاتَهُ التَّسْلِيمُ لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِفَوَاتِ الشَّرْطِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَكَالَةُ إِلَّا فِي تَصَرُّفٍ مَعْلُومٍ . / فَإِنْ قَالَ : وَكَلْتُكَ فِي كُلِّ شَيْءٍ . ١٦٥/٤
 أَوْ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ . أَوْ فِي كُلِّ تَصَرُّفٍ يَجُوزُ لِي . أَوْ فِي كُلِّ مَا لِيَ التَّصَرُّفُ فِيهِ .
 لَمْ يَصِحَّ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : يَصِحُّ ، وَيَمْلِكُ بِهِ كُلٌّ .
 مَا تَنَاقَلَهُ لَفْظُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَفْظُ عَامٍّ ، فَصَحَّ فِيمَا يَتَنَاقَلُ ، كَالْوَقَالِ : بَيْعُ مَالِي كُلِّهِ . وَلَنَا ، أَنَّ
 فِي هَذَا غَرَرًا عَظِيمًا ، وَخَطَرًا كَبِيرًا ؛ لِأَنَّهُ تَدْخُلُ فِيهِ هَبَةٌ مَالِهِ ، وَطَلَاقُ نِسَائِهِ^(٣٠) ،
 وَإِعْتَاقُ رَقَبَةٍ ، وَتَزْوُجُ نِسَاءٍ كَثِيرٍ^(٣١) . وَيَلْزَمُهُ الْمَهْوَرُ الْكَثِيرُ ، وَالْأَثْمَانُ الْعَظِيمَةُ ،
 فَيَعْظُمُ الضَّرَرُ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتُ مَا شِئْتُ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِي مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى
 ثَمَنِهِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، مَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّتِهِ ؛ لِقَوْلِهِ فِي رَجُلَيْنِ ، قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ

(٢٦) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٢ .

(٢٧) تقدم تخريجه في : ٦ / ٢٩٥ .

(٢٨) تقدم تخريجه في صفحة ١٩٧ .

(٢٩) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١٣ .

(٣٠) في ب : زوجاته .

(٣١) في ب ، م : كثيرة .

منهما لصاحبه : ما اشتریت من شيء فهو بيننا : إنه جائز . وأعجبه . ولأن الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء . فعلى هذا ليس له أن يشتري إلا بشمن المثل فما دون ، ولا يشتري ما لا يقدر الموكل على ثمنه ، ولا ما لا يرى المصلحة له في شرائه . وإن قال : بع مالى كله ، وأقبض ديوينى كلها . صح ؛ لأنه قد يعرف ماله وديوينه . وإن قال : بع ما شئت من مالى ، وأقبض ما شئت من ديوينى . جاز ؛ لأنه إذا جاز التوكيل في الجميع ، ففي بعضه أولى . وإن قال : أقبض ديوينى كله ، وما يتجدد في المستقبل . صح . وقال أصحاب الشافعى : إذا قال : بع ما شئت من مالى . لم يجز . وإن قال : من عبيدى . جاز ؛ لأنه محصور بالجنس . ولنا ، أن ما جاز التوكيل في جميعه ، جاز في بعضه ، كعبيده^(٣٢) . وإن قال : اشتري عبدًا ثركيا ، أو ثوبا هرويا . صح . وإن قال : اشتري عبدًا ، أو قال ثوبا . ولم يذكر جنسه ، صح أيضا . وقال أبو الخطاب : لا يصح . وهو مذهب الشافعى ، لأنه مجهول . ولنا ، أنه توكيل في شراء عبيد ، فلم يشترط ذكر نوعه ، كالقراض . ولا يشترط ذكر قدر الثمن . ذكره القاضى . وقال أبو الخطاب : لا يصح حتى يذكر قدر الثمن . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ؛ لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد ، وإنما تتميز بالثمن . ولنا ، أنه إذا ذكر نوعا ، فقد أذن في أغلأه ثمنا ، فيقل الغرر ، ولأن تقدير الثمن يضر ، فإنه قد لا يجد بقدر الثمن . ومن اعتبر ذكر الثمن ، جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

فصل : وإذا وكل وكيلين في تصرف ، وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف ، فله ذلك ؛ لأنه مأذون له فيه^(٣٣) . فإن لم يجعل له ذلك ، فليس لأحدهما الانفراد به ؛ لأنه لم يأذن له في ذلك ، وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله . وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الراى . وإن وكلهما في حفظ ماله ، حفظاه معا في جزئ لهما ؛ لأن قوله : افعلوا كذا .

(٣٢) في ب ، م : كعبده .

(٣٣) في ١ : في التصرف .

يَفْتَضِي اجْتِمَاعُهُمَا عَلَى فِعْلِهِ ، وَهُوَ مِمَّا يُمَكِّنُ ، فَتَعَلَّقَ بِهِمَا . وَفَارَقَ هَذَا قَوْلَهُ :
بِعُتْكُمَا . حَيْثُ كَانَ مُنْقَسِمًا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ / لَا يُمَكِّنُ كَوْنُ الْمَلِكِ لِهَمَا عَلَى الْاجْتِمَاعِ ،
فَانْقَسَمَ بَيْنَهُمَا . فَإِنْ غَابَ أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَتَصَرَّفَ ، وَلَا لِلْحَاكِمِ
ضَمُّ أَمِينٍ إِلَيْهِ لِيَتَصَرَّفَا ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ رَشِيدٌ جَائِزُ التَّصَرُّفِ ، لَا وِلَايَةَ لِلْحَاكِمِ عَلَيْهِ ، فَلَا
يَضُمُّ الْحَاكِمُ وَكِيلًا لَهُ بغيرِ أَمْرِهِ . وَفَارَقَ مَا لَوْ مَاتَ أَحَدُ الْوَصِيِّينِ ، حَيْثُ يُضَيَّفُ
الْحَاكِمُ إِلَى الْوَصِيِّ أَمِينًا لِيَتَصَرَّفَا^(٣٤) ؛ لِكَوْنِ الْحَاكِمِ لَهُ النَّظَرُ فِي حَقِّ الْمَيِّتِ وَالْيَتِيمِ ،
وَلِهَذَا لَوْ لَمْ يُوصَ إِلَى أَحَدٍ ، أَقَامَ الْحَاكِمُ أَمِينًا فِي النَّظَرِ لِلْيَتِيمِ . وَإِنْ حَضَرَ الْحَاكِمُ أَحَدُ
الْوَكِيلَيْنِ ، وَالْآخَرُ غَائِبٌ ، وَادَّعَى الْوَكَالَتَهُ لِهَمَا ، وَأَقَامَ بَيْنَهُ سَمْعَهَا الْحَاكِمُ ، وَحَكَمَ
بِثْبُوتِ الْوَكَالَتَةِ لِهَمَا ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْحَاضِرُ التَّصَرُّفَ وَحْدَهُ ، فَإِذَا حَضَرَ الْآخَرُ^(٣٥) تَصَرَّفَا
مَعًا ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ سَمِعَهَا لِهَمَا مَرَّةً . فَإِنْ قِيلَ : هَذَا حُكْمٌ
لِلْغَائِبِ . قُلْنَا : يَجُوزُ تَبَعًا لِحَقِّ الْحَاضِرِ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَحْكُمَ بِالْوَقْفِ الَّذِي يَثْبُتُ لِمَنْ لَمْ
يُخْلَقْ لِأَجْلِ مَنْ يَسْتَحِقُّهُ فِي الْحَالِ ، كَذَا هُنَا . وَإِنْ جَحَدَ الْغَائِبُ الْوَكَالَتَهُ ، أَوْ عَزَلَ
نَفْسَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَتَصَرَّفَ . وَمَا ذَكَرْنَاهُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ
خِلَافًا . وَجَمِيعُ التَّصَرُّفَاتِ فِي هَذَا سَوَاءٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا وَكَّلَهُمَا فِي خُصُومَةٍ ،
فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْإِنْفِرَادُ بِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِتَصَرُّفِ أَحَدِهِمَا ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ
وَالشَّرَاءِ .

٨٤١ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ
ذَلِكَ إِلَيْهِ)

لَا يَخْلُو التَّوَكِيلُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ :

أَحَدُهَا ، أَنْ يَنْهَى الْمُوَكَّلُ وَكِيلَهُ عَنِ التَّوَكِيلِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ بغيرِ خِلَافٍ ، لِأَنَّ

(٣٤) في ١ ، ب ، م : « ليتصرف » .

(٣٥) سقط من : ب .

ما نَهَاهُ عَنْهُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي إِذْنِهِ . فَلَمْ يَجْزُ لَهُ ^(١) ، كَمَا لَوْ لَمْ يُؤْكَلْهُ .

الثاني ، إِذْنُ لَهُ فِي التَّوَكُّيلِ ، فَيَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ إِذْنٍ لَهُ فِيهِ ، فَكَانَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَالْتَصَرُّفِ الْمَأْذُونِ لَهُ ^(٢) فِيهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَيْنِ خِلَافًا . وَإِنْ قَالَ لَهُ : وَكَثَّرْتَكَ فَاصْنَعْ مَا شِئْتَ . فَلَهُ أَنْ يُؤْكَلَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ التَّوَكُّيلُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ يَقْتَضِي تَصَرُّفًا يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ ، وَقَوْلُهُ : اصْنَعْ مَا شِئْتَ . يَرْجِعُ إِلَى مَا يَقْتَضِيهِ التَّوَكُّيلُ مِنْ تَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ فِيمَا شَاءَ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِهِ التَّوَكُّيلُ .

الثالث ، أَطْلَقَ الْوَكَالََةَ ، فَلَا يَخْلُو مِنْ أَقْسَامٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ مِمَّا يَرْتَفِعُ الْوَكِيلُ عَنْ مِثْلِهِ ، كَالْأَعْمَالِ الدِّينِيَّةِ ^(٣) فِي حَقِّ ^(٤) أَشْرَافِ النَّاسِ ^(٥) الْمُرْتَفِعِينَ عَنْ فِعْلِهَا فِي الْعَادَةِ ، أَوْ يَعْجِزُ عَنْ عَمَلِهِ لِكَوْنِهِ لَا يُحْسِنُهُ ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ التَّوَكُّيلُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَعْمَلُهُ ^(٥) الْوَكِيلُ عَادَةً ، انْتَصَرَفَ الْإِذْنُ إِلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ مِنَ الْاسْتِنَابَةِ فِيهِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَعْمَلُهُ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَعْجِزُ عَنْ عَمَلِهِ كُلِّهِ ^(٦) ؛ لِكَثْرَتِهِ وَاتِّشَارِهِ ، فَيَجُوزُ لَهُ التَّوَكُّيلُ فِي عَمَلِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَكَالََةَ اقْتَضَتْ جَوَازَ التَّوَكُّيلِ ، فَجَازَ التَّوَكُّيلُ فِي فِعْلِ جَمِيعِهِ ، كَمَا لَوْ إِذْنٌ فِي التَّوَكُّيلِ بِلَفْظِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي أَنَّهُ إِنَّمَا لَهُ التَّوَكُّيلُ فِيمَا زَادَ عَلَى مَا يَتِمَكَّنُ مِنْ عَمَلِهِ / بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ إِنَّمَا جَازَ لِلْحَاجَةِ ، فَاخْتَصَّ مَا دَعَتْ إِلَيْهِ الْحَاجَةُ ، بِخِلَافِ وُجُودِ إِذْنِهِ ، فَإِنَّهُ مُطْلَقٌ . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ : مَا عَدَا هَذَيْنِ

و ١٦٦/٤

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣) في ا : « البدنية » .

(٤-٤) في الأصل : « الأشراف من الناس » .

(٥) في م : « يعلمه » .

(٦) سقط من : ب .

الْقَسَمَيْنِ ، وهو ما يُمكنه عَمَلُهُ بِنَفْسِهِ ، وَلَا يَتَرَفَّعُ^(٧) عنه ، فهل يجوز له التَّوكِيلُ فيه ؟ على رَوَاتَيْنِ ؛ إحداهما ، لا يجوز . نَقَلَهَا ابنُ مَنْصُورٍ . وهو مذهبُ أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، والشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لم يَأْذَنْ له في التَّوكِيلِ ، وَلَا تَضَمَّنَتْ إِذْنُهُ ، فلم يُجْزَ ، كَالو نَهَاهُ ، وَلِأَنَّهُ اسْتِثْمَانَ فيما يُمكنه التُّهُوسُ فيه ، فلم يَكُنْ له أن يُوَلِّيَهُ مَنْ^(٨) لم يَأْمَنَ عليه ، كَالو دِيَعَةٍ . وَالْأُخْرَى ، يجوزُ . نَقَلَهَا حَنْبَلٌ . وبه قال ابنُ أُنَى لَيْلَى ، إِذَا مَرَضَ أَوْ غَابَ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ له أن يَتَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ ، فَمَلَكُهُ نِيَابَةٌ كَالْمَالِكِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَلَا يُشْبِهُ الْوَكِيلُ الْمَالِكَ ؛ فَإِنَّ الْمَالِكَ يَتَصَرَّفُ بِنَفْسِهِ^(٩) في مَلِكِهِ كيف شاء ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ .

فصل : وَكَّلْ وَكِيلَ جَارَ له التَّوكِيلُ ، فليس له أن يُوَكِّلَ إِلَّا أَمِينًا ؛ لِأَنَّهُ لَا نَظَرَ لِلْمُوَكَّلِ في تَوْكِيلِ مَنْ ليس بِأَمِينٍ ، فَيَقِيدُ جَوَازُ التَّوكِيلِ بما فيه الْحِظُّ وَالنَّظَرُ ، كَمَا أَنَّ الْإِذْنَ في الْبَيْعِ يَقْتَضِي بِالْبَيْعِ بَتَمَنِ الْمِثْلِ ، إِلَّا أَنْ يُعَيَّنَ له الْمُوَكَّلُ من يُوَكِّلُهُ ، فيجوزُ تَوْكِيلُهُ ، وَإِنْ لم يَكُنْ أَمِينًا ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ نَظَرُهُ بِتَعْيِينِهِ . وَإِنْ وَكَّلَ أَمِينًا ، وَصَارَ حَائِثًا ، فعليه عَزْلُهُ ؛ لِأَنَّ تَرْكَهُ يَتَصَرَّفُ مع الْخِيَانَةِ تَضْيِيعٌ وَتَفْرِيطٌ ، وَالْوَكَالَةُ تُقْتَضِي اسْتِثْمَانَ أَمِينٍ ، وَهَذَا ليس بِأَمِينٍ ، فَوَجَبَ عَزْلُهُ .

فصل : وَالْحُكْمُ في الْوَصِيِّ يُوَكِّلُ فيما أُوصِيَ به إليه ، وفي الْحَاكِمِ يُوَلَّى الْقَضَاءُ في نَاحِيَةٍ يَسْتَنْيِبُ غَيْرَهُ ، حُكْمُ الْوَكِيلِ فيما ذَكَرْنَا من التَّفْصِيلِ ، إِلَّا أَنَّ الْمَنْصُوصَ عن أَحْمَدَ ، في رَوَايَةٍ مُهَنَّا ، جَوَازُ ذَلِكَ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ في الْوَصِيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ يَتَصَرَّفُ بِوَلَايَةٍ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فيما لم يُنَصَّ له على التَّصَرُّفِ فيه ، وَالْوَكِيلُ لَا يَتَصَرَّفُ إِلَّا فيما نُصَّ له عليه . وَالْجَمْعُ بينهما أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرَّفٌ في مَالٍ غَيْرِهِ بِالْإِذْنِ ، فَأُشْبِهَ الْوَكِيلَ ، وَإِنَّمَا يَتَصَرَّفُ فيما اقْتَضَتْهُ الْوَصِيَّةُ ، كَالْوَكِيلِ إِنَّمَا يَتَصَرَّفُ فيما اقْتَضَتْهُ الْوَكَالَةُ .

(٧) في ١ : يرتفع .

(٨) في ب ، م ، د : لمن .

(٩) سقط من : الأصل ، ١ .

فصل : فأما الولي في النكاح ، فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها ، أباً كان أو غيره . وقال القاضي في من ولايته غير ولاية الإخبار : هو كالوكيل ، يُخَرَّجُ على الروايتين المنصوص عليهما في التوكيل . ولأصحاب الشافعي فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يملك التوكيل إلا^(١٠) بإذنها ؛ لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها ، أشبه الوكيل . ولنا ، أن ولايته من غير جهتها ، فلم يُعْتَبَرِ إذنها في توكيله فيها ، كالأب ، بخلاف الوكيل ، ولأنه يتصرف^(١١) بحكم الولاية الشرعية ، أشبه الحاكم ، ولأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره بغير إذن النساء ، فكذلك الولي . وما ذكروه يبتطل بالحاكم . والذي يُعْتَبَرُ إذنها فيه هو غير ما يوكل فيه ، بدليل أن الوكيل لا يستغنى عن إذنها له في التزويج أيضاً ، فهو كالموكل في ذلك .

فصل : إذا أذن الموكل / في التوكيل ، فوكل ، كان^(١٢) الوكيل الثاني وكيلاً للموكل^(١٣) ، لا يتعزل بموت الوكيل الأول ، ولا عزله ، ولا يملك الأول عزل الثاني ؛ لأنه ليس بوكيله . وإن أذن له أن يوكل لنفسه ، جاز ، وكان وكيلاً للموكل^(١٤) يتعزل بموته وعزله إياه ، وإن مات الموكل ، أو عزل الأول ، انعزلاً جميعاً ؛ لأنهما فرعان له ، لكن أحدهما فرع للآخر ، فذهب حكمهما بذهاب أصلهما . وإن وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقاً ، بل وجد عرفاً ، أو على الرواية التي أجزأ له التوكيل من غير إذن ، فالثاني وكيل الوكيل الأول ، حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكل لنفسه .

(١٠) في الأصل : « بغير » .

(١١) في الأصل : « متصرف » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م زيادة : « لأنه » .

(١٤) في الأصل : « للوكيل » .

فصل : إذا وَكَّلَ رَجُلًا في الْخُصُومَةِ ، لم يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ على مُوَكَّلِهِ بِقَبْضِ الْحَقِّ ^(١٥) ولا غيره . وبه قال مالِكُ ، والشَّافِعِيُّ ، وابنُ أَبِي لَيْلَى . وقال أبو حنيفة ومحمد : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ في مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، فيما عدا الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ . وقال أبو يوسف : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ في مَجْلِسِ الْحُكْمِ وغيره ؛ لأنَّ ^(١٦) الإِقْرَارَ أَحَدُ جَوَائِبِ الدَّعْوَى ، فَصَحَّ من الْوَكِيلِ ، كَالْإِنْكَارِ . ولنا ، أَنَّ الإِقْرَارَ مَعْنَى يَقْطَعُ الْخُصُومَةَ ^(١٧) وَيُنَافِيهَا ، فلا يَمْلِكُهُ الْوَكِيلُ فيها ، كَالْإِبْرَاءِ . وفارَقَ الْإِنْكَارَ ؛ فَإِنَّهُ لا يَقْطَعُ الْخُصُومَةَ ^(١٨) ، وَيَمْلِكُهُ في الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، وفي غير مَجْلِسِ الْحَاكِمِ . ولأنَّ الْوَكِيلَ لا يَمْلِكُ الْإِنْكَارَ على وَجْهِ يَمْنَعُ الْمُوَكَّلَ من الإِقْرَارِ ، فلو مَلَكَ الإِقْرَارَ ، لَأَمْتَنَعَ على الْمُوَكَّلِ الْإِنْكَارَ ، فَافْتَرَقَا ، ولا يَمْلِكُ الْمُصَالِحَةُ عن الْحَقِّ ، ولا الْإِبْرَاءَ منه ، بغير خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لأنَّ الْإِذْنَ في الْخُصُومَةِ لا يَفْتَضِي شَيْئًا من ذلك . وإن أَذِنَ له في تَثْبِيَتِ حَقِّ ، لم يَمْلِكْ قَبْضَهُ . وبه قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : يَمْلِكُ قَبْضَهُ ؛ لأنَّ الْمَقْصُودَ من التَّثْبِيَتِ قَبْضُهُ وَنَحْصِيلُهُ . ولنا ، أَنَّ الْقَبْضَ لا يَتَنَاوَلُهُ الْإِذْنُ نُطْقًا ولا عُرْفًا ، إذ ليس كُلُّ من يَرْضَاهُ لِتَثْبِيَتِ الْحَقِّ يَرْضَاهُ لِقَبْضِهِ . وإن وَكَّلَهُ في قَبْضِ حَقِّ ، فَجَحَدَ مَنْ عليه الْحَقُّ ، كان وَكِيلًا في تَثْبِيَتِهِ عليه ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . ^(١٩) وبه قال أبو حنيفة . والآخَرُ : ليس له ذلك . وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ^(٢٠) لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا مَعْنِيَانِ مُخْتَلِفَانِ ، فالوَكِيلُ في أَحَدِهِما لا يَكُونُ وَكِيلًا في الْآخَرِ ، كما لا يَكُونُ وَكِيلًا في الْقَبْضِ بالتَّوَكِيلِ في الْخُصُومَةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ لا يَتَوَصَّلُ إلى الْقَبْضِ إِلَّا بالتَّثْبِيَتِ ؛ فَكان إِذْنًا فيه عُرْفًا ، ولأنَّ الْقَبْضَ لا يَتِمُّ إِلَّا به ، فَمَلَكَهُ ، كما لو وَكَّلَ في شِرَاءِ شَيْءٍ مَلَكَ وَزَنَ ثَمَنَهُ ، أو في بَيْعِ شَيْءٍ مَلَكَ تَسْلِيمَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إن كان الْمُوَكَّلُ عَالِمًا بِجَحْدِ مَنْ عليه الْحَقُّ أو مَطْلَبِهِ ، كان تَوَكِيلًا في تَثْبِيَتِهِ

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في ب ، م : « ولأن » .

(١٧-١٨) سقط من : ب .

وَالْخُصُومَةُ فِيهِ ، لِإِعْلَامِهِ بِوُقُوفِ الْقَبْضِ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ تَوْكِيلًا فِيهِ ؛ لِعَدَمِ عِلْمِهِ بِتَوْقُوفِ الْقَبْضِ عَلَيْهِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْحَقِّ عَيْنًا أَوْ دَيْتًا . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ : إِنْ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ غَيْرِهِ لَمْ يَمْلِكْ تَثْبِيتهَا ؛ لِأَنَّهُ وَكَّيْلٌ فِي نَقْلِهَا ، أَشْبَهَ الْوَكَّيْلَ فِي نَقْلِ الزَّوْجَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَكَّيْلٌ فِي قَبْضِ حَقٍّ / ، فَأَشْبَهَ الْوَكَّيْلَ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالتَّوْكِيلِ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ ؛ فَإِنَّهُ وَكَّيْلٌ فِي قَبْضِهِ وَنَقْلِهِ إِلَيْهِ . ١٦٧/٤

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِطْلَاقُ التَّوْكِيلِ فِي الْبَيْعِ يَقْتَضِي التَّسْلِيمَ ، لِكَوْنِهِ مِنْ تَمَامِهِ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْإِبْرَاءَ مِنْ ثَمَنِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَمْلِكُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِبْرَاءَ لَيْسَ مِنَ الْبَيْعِ ، وَلَا مِنْ تِمَتِّهِ ، فَلَا يَكُونُ التَّوْكِيلُ فِي الْبَيْعِ تَوْكِيلًا فِيهِ ، كَالْإِبْرَاءِ مِنْ غَيْرِ ثَمَنِهِ . وَأَمَّا قَبْضُ الثَّمَنِ ، فَقَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَمْلِكُهُ ^(١٨) . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُوَكَّلُ فِي الْبَيْعِ مَنْ لَا يَأْمَنُهُ عَلَى قَبْضِ الثَّمَنِ . فَعَلَى هَذَا إِنْ تَعَدَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَلْزَمْ الْوَكَّيْلَ شَيْءٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قَبْضَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُوجِبِ الْبَيْعِ ، فَمَلَكَهُ الْوَكَّيْلُ فِيهِ ، كَتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ . فَعَلَى هَذَا لَيْسَ لَهُ تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ إِلَّا بِقَبْضِ الثَّمَنِ أَوْ حُضُورِهِ . وَإِنْ سَلَّمَهُ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ضَمَنَهُ . وَالْأَوَّلَى أَنْ يَنْظُرَ فِيهِ ، فَإِنْ ذَلَّتْ قَرِينَةُ الْحَالِ عَلَى قَبْضِ الثَّمَنِ ، مِثْلُ تَوْكِيلِهِ فِي بَيْعِ ثَوْبٍ فِي سُوقٍ غَائِبٍ عَنِ الْمُوَكَّلِ ، أَوْ مَوْضِعٍ يَضِيعُ الثَّمَنُ بِتَرْكِ قَبْضِ الْوَكَّيْلِ لَهُ ، كَانَ إِذْنًا فِي قَبْضِهِ . وَمَتَى تَرَكَ قَبْضَهُ كَانَ ضَامِنًا لَهُ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ حَالِ الْمُوَكَّلِ أَنَّهُ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالْبَيْعِ لِتَحْصِيلِ ثَمَنِهِ ، فَلَا يَرْضَى بِتَضْيِيعِهِ ، وَلِهَذَا يُعَدُّ مِنْ فَعَلٍ ذَلِكَ مُضِيْعًا مُفْرَطًا . وَإِنْ لَمْ تُدَلَّ الْقَرِينَةُ عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، أَوْ طَلَبِ الشُّفْعَةِ ، أَوْ قَسَمِ شَيْءٍ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ تَثْبِيتهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْقِسْمَةِ وَطَلَبِ الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى مَا وَكَّلَهُ فِيهِ إِلَّا بِالتَّثْبِيْتِ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُهُ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛

(١٨) فِي م : (يُمْكِنُ) .

لأنَّهُ يُمكنُ أَحَدُهُما دونَ الآخرِ ، فلم يَتَضَمَّنِ الإِذْنُ في أَحَدِهِما الإِذْنَ في الآخرِ .

فصل : وإن وَكَّلَهُ في شِراءِ شَيْءٍ ، مَلَكٌ تَسْلِيمٌ ثَمَنِهِ ؛ لأنَّهُ مِن تَمَتُّهِ وَحُقُوقِهِ ، فهو كَتَسْلِيمِ المَبِيعِ في البَيْعِ . والحُكْمُ في قَبْضِ المَبِيعِ كالحُكْمِ في قَبْضِ الثَّمَنِ في المَبِيعِ ، على ما مَضَى مِن القَوْلِ فيه . فإن اشْتَرَى عَبْدًا ، وَنَقَدَ ثَمَنَهُ ، فَحَرَجَ العَبْدَ مُسْتَحَقًّا ؛ فهل يَمْلِكُ أن يُخَاصِمَ البائعَ في الثَّمَنِ ؟ على وَجْهَيْنِ . فإن اشْتَرَى شَيْئًا ، وَقَبِضَهُ ، وَأَخَّرَ تَسْلِيمَ الثَّمَنِ لغيرِ عُدْرٍ ، فَهَلَكَ في يَدِهِ ، فهو ضامِنٌ له . وإن كان له عُدْرٌ ، مثل أن ذَهَبَ لِيَنْقُذَهُ فَهَلَكَ ، أو نحو ذلك ، فلا ضَمَانَ عليه . نصَّ عليه أحمدٌ ؛ لأنَّهُ مُفَرِّطٌ في إِنْساكِهِ^(١٩) في الصُّورَةِ الأولى دونَ الثانيةِ ، فلذلك لَزِمَهُ الضَّمَانُ ، بِخِلَافِ ما إذا لم يُفَرِّطْ .

فصل : وإذا وَكَّلَهُ في قَبْضِ دَيْنٍ مِن رَجُلٍ ، فماتَ ، نَظَرْتُ في لَفْظِهِ ؛ فإن قال : اقْبِضْ حَقِّي مِن فُلَانٍ . لم يَكُنْ له قَبْضُهُ مِن واريثِهِ ؛ لأنَّهُ لم يُؤْمَرْ بذلك . وإن قال : اقْبِضْ حَقِّي الذي قَبْلَ فُلَانٍ . أو على فُلَانٍ . فله مُطالَبَةُ واريثِهِ والقَبْضُ ؛ لأنَّ قَبْضَهُ مِن الوارِثِ قَبْضٌ لِلْحَقِّ الذي على مَوْرُوثِهِ . فإن قيل : فلو قال : اقْبِضْ حَقِّي مِن / زَيْدٍ . فوَكَّلَ زَيْدٌ إِنْسانًا في الدَّفْعِ إليه ، كان له القَبْضُ منه ، والوارِثُ نائِبُ المَوْرُوثِ ، فهو كَوَكِيلِهِ . قلنا : إن^(٢٠) الوَكِيلَ إذا دَفَعَ عنه بِإِذْنِهِ ، جَرَى مَجْرَى تَسْلِيمِهِ ؛ لأنَّهُ أَقامَهُ مُقامَ نَفْسِهِ ، وليس كذلك هُنْها ، فإنَّ الحَقَّ انْتَقَلَ إلى الوَرِثَةِ فَاسْتَحَقَّتِ المُطالَبَةُ عَلَيْهِم ، لا بِطَرِيقِ النِّبَايَةِ عَنِ المَوْرُوثِ ، ولهذا لو حَلَفَ لا يَفْعَلُ شَيْئًا ، حِينَ يَفْعَلُ وَكِيلَهُ له ، ولا يَحْنُثُ بِفِعْلِ واريثِهِ .

٨٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَاغَ الوَكِيلُ ، ثُمَّ ادَّعى ثَلَفَ الثَّمَنِ مِن غيرِ تَعَدٍّ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . فَإِنْ أَثْهَمَ ، حَلَفَ)

إذا اِخْتَلَفَ الوَكِيلُ والمُوكَّلُ ، لم يَحُلْ مِن سِتَّةِ أحوالٍ :

(١٩) في م زيادة : ١٠ كما .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

أحدها ، أن يَحْتَلِفَا في التَّلَفِ ، فيقول الوكيلُ : تَلَفَ مَالُكَ في يَدَي ، أو الثَّمَنُ الذي قَبَضْتَهُ ثَمَنَ مَتَاعِكَ تَلَفَ في يَدَي . فَيَكْذِبُهُ الْمُوَكَّلُ . فالقول قول الوكيل مع يَمِينِهِ ؛ لأنه أَمِينٌ ، وهذا مما يَتَعَذَّرُ إقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عليه ، فلا يُكَلِّفُ ذلك كالمُودِعِ . وكذلك كُلُّ مَنْ كان في يَدِهِ شَيْءٌ لغيرِهِ على سَبِيلِ الْأَمَانَةِ ، كالأَبِ ، والوصِيِّ ، وأَمِينِ الْحَاكِمِ ، والمُودِعِ ، والشَّرِيكِ ، والمُضَارِبِ ، والمُرْتَهِنِ ، والمُسْتَأْجِرِ ، والأَجِيرِ الْمُشْتَرِكِ ، وإِنَّمَا كان كذلك ، لأنه لو كُلفَ ذلك مع تَعَذُّرِهِ عليه ، لَأَمْتَنَعَ النَّاسُ من الدُّخُولِ في الْأَمَانَاتِ مع الْحَاجَةِ إِلَيْهَا ، فَيَلْحَقَهُمُ الضَّرَرُ . قال القاضي : إِلَّا أن يَدَّعِيَ التَّلَفَ بِأَمْرٍ ظَاهِرٍ ، كالحَرِيقِ والنَّهْبِ وشِبْهِهِمَا ، فعليه إقَامَةُ الْبَيِّنَةِ على وُجُودِ هذا الْأَمْرِ في تلكِ النَّاحِيَةِ ، ثم يكونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ في تَلَفِهَا بذلك . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الْأَمْرِ الظَّاهِرِ مِمَّا ^(١) لَا يَخْفَى ، فلا تَتَعَذَّرُ إقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عليه .

الحال الثانية ، أن يَحْتَلِفَا في تَعَدَّى الْوَكِيلِ أو تَفْرِيطِهِ في الْحِفْظِ ، ومُخَالَفَتِهِ أَمْرَ مُوَكَّلِهِ ، مثل أن يَدَّعِيَ عليه أَنَّكَ حَمَلْتَ عَلَى الدَّائِيَةِ فَوْقَ طَاقَتِهَا ، أو حَمَلْتَ عَلَيْهَا شَيْئًا لِنَفْسِكَ ، أو فَرَطْتَ في حِفْظِهَا ، أو لَبَسْتَ الثَّوبَ ، أو أَمَرْتُكَ بِرَدِّ الْمَالِ فلم تَفْعَلْ . ونحو ذلك ، فالقول قول الوكيل أيضا مع يَمِينِهِ ؛ لما ذَكَرْنَا في الذي قَبْلَهُ ، ولأنَّهُ مُنْكَرٌ لِمَا يُدَّعَى عليه ، والقول قول الْمُنْكَرِ . ومتى ثَبَتَ التَّلَفُ في يَدِهِ من غير تَعَدُّيهِ ، إِمَّا لِقَبُولِ قَوْلِهِ ، وإِمَّا بِإِقْرَارِ مُوَكَّلِهِ أو بَيِّنَةٍ ^(٢) ، فلا ضَمَانُ عَلَيْهِ ، سواءَ تَلَفَ الْمَتَاعُ الذي أُمِرَ بِبَيْعِهِ ، أو بَاعَهُ وَقَبَضَ ثَمَنَهُ فَتَلَفَ الثَّمَنُ ، وسواءَ كان بِجُعْلٍ أو بغيرِ جُعْلٍ ؛ لأنه نَائِبُ الْمَالِكِ في الْيَدِ والتَّصَرُّفِ ، فكان الْهَلَاكُ في يَدِهِ كَالْهَلَاكِ في يَدِ الْمَالِكِ ، وَجَرَى مَجْرَى الْمُودِعِ وَالْمُضَارِبِ وشِبْهِهِمَا . وإن تَعَدَّى أو فَرَطَ ، ضَمِنَ . وكذلك سائرُ الْأُمُورِ . ولو باعَ الْوَكِيلُ سِلْعَةً وَقَبَضَ ثَمَنَهَا ، فَتَلَفَ من غير تَعَدُّ ، واستَحَقَّ الْمَبِيعُ ، رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ على الْمُوَكَّلِ دون الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ لَهُ ، فالرُّجُوعُ بِالْعَهْدَةِ عليه ، كما لو باعَ بِنَفْسِهِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « بينة » .

الحال الثالثة ، أن يَحْتَلَفَا في التَّصَرُّفِ ، فيقول الوكيل : بَعْتُ الثَّوبَ وَقَبِضْتُ الثَّمَنَ ، فَتَلَفَ . / فيقول الموكل : لم تَبِعْ ولم تَقْبِضْ . أو يقول : بَعْتُ ولم تَقْبِضْ شيئاً . ١٦٨/٤
 فالقول قول الوكيل . ذَكَرَهُ ابنُ حَامِدٍ . وهو قول أصحابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْبَيْعَ وَالْقَبْضَ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِمَا ، كَمَا يُقْبَلُ قَوْلُ وَلِيِّ الْمَرْأَةِ الْمُجْبَرَةِ عَلَى النِّكَاحِ فِي تَرْوِيحِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ . وهو أحدُ الْقَوْلَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ بِحَقِّ لَغْوِهِ عَلَى مُوَكَّلِهِ ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أَقَرَّ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ . وَإِنْ (٣) وَكَّلَهُ (٤) فِي شِرَاءِ عَبْدٍ ، فاشْتَرَاهُ ، واخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ ، فقال : اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ . وقال : بل اشْتَرَيْتُهُ بِخَمْسِمِائَةٍ . فالقول قول الوكيل ؛ لما ذَكَرْنَاهُ . وقال القاضي : القول قول الموكل ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَيْنٌ لَهُ الشَّرَاءُ بِمَا ادَّعَاهُ ، فقال : اشْتَرَيْتُ عَبْدًا بِأَلْفٍ . فادَّعَى الْوَكِيلُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِذَلِكَ ، فالقول قول الوكيل إِذَا ، وَإِلَّا فالقول قول الموكل ؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي أَصْلِ شَيْءٍ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي صِفَتِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ . وقال أبو حنيفة : إِنْ كَانَ الشَّرَاءُ فِي الذِّمَّةِ ، فالقول قول الموكل ؛ (٥) لِأَنَّهُ غَارِمٌ (٦) مُطَالِبٌ بِالثَّمَنِ . وَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ الْمَالِ ، فالقول قول الوكيل ؛ لِكُونِهِ الْغَارِمَ ؛ فَإِنَّهُ يُطَالِبُهُ (٧) بِرَدِّ مَا زَادَ عَلَى الْخَمْسِمِائَةِ (٨) . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي تَصَرُّفِ الْوَكِيلِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي الْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي الشَّرَاءِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي قَدْرِ ثَمَنِ الْمُشْتَرَى ، كَالْمُضَارِبِ ، وكَمَا لَوْ قَالَ لَهُ : اشْتَرِ بِأَلْفٍ عِنْدَ الْقَاضِي .

الحال الرابعة ، أن يَحْتَلَفَا فِي الرَّدِّ ، فَيَدَّعِيهِ الْوَكِيلُ ، فَيُنْكِرُهُ الْمُوَكَّلُ ، فَإِنْ كَانَ بَغِيرِ جُعِلَ ، فالقول قول الوكيل ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَ الْمَالَ لِنَفْعِ مَالِكِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَالْمُودِعِ ، وَإِنْ كَانَ بِجُعِلَ ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ ،

(٣) في ب : ولو .

(٤) في م : وكل .

(٥-٥) في ب : لكونه الغارم فإنه مطالبه بالثمن .

(٦) في الأصل زيادة : لأنه .

(٧) في الأصل : خمسمائة .

فكان القول قوله ، كالأول . والثاني ، لا يُقبل قوله ؛ لأنه قبض المال لنفع نفسه ، فلم يُقبل قوله في الرد ، كالمستعير . وسواء اختلفا في رد العين ، أو رد ثمنها . وجُملة الأمانة على ضربين ؛ أحدهما ، من قبض المال لنفع مالكه لا غير ، كالمودع والوكيل بغير جعل ، فيقبل قولهم في الرد ؛ لأنه لو لم يُقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات ، فيلحق الناس الضرر . الثاني ، من يتنفع بقبض الأمانة ، كالوكيل بجعل ، والمضارب ، والأجير المشترك ، والمستأجر ، والمرتهن ، ففيهم وجهان . ذكرهما أبو الخطاب . وقال القاضي : لا يُقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب في الرد ؛ لأن أحمد نص عليه في المضارب ، في رواية ابن منصور ، ولأن من قبض المال لنفع نفسه ، لا يُقبل قوله في الرد . ولو أنكروا الوكيل قبض المال ، ثم ثبت ذلك بيّنة ، أو اعترافاً^(٨) ، فادّعى الرد أو التلّف ، لم يُقبل قوله ؛ لأنّ خيائته قد ثبتت بحجده . فإن

١٦٨/٤ ظ أقام بيّنة بما ادّعاه من الرد أو التلّف ، / فهل تُقبل بيّنته ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، لا تُقبل ؛ لأنه كذبها بحجده ، فإن قوله : ما قبضت . يتضمّن أنه لم يرد شيئا . والثاني : تُقبل ؛ لأنه يدّعي الرد والتلّف قبل وجود خيائته . وإن كان جحوده أنك لا تستحقّ على شيئا ، أو مالك عندي شيء ، سمع قوله مع يمينه ؛ لأنّ جوابه لا يكذب ذلك ، فإنه إذا كان قد تلّف أو ردّ ، فليس له^(٩) عنده شيء . فلا تنافي بين القولين ، إلا أن يدّعي أنّه رده أو تلّف بعد قوله : مالك عندي شيء . فلا يُسمع قوله أيضا ؛ لثبوت كذبه وخيائته .

الحال الخامسة ، إذا اختلفا في أصل الوكالة ، فقال : وكلّنتي . فأنكر الموكّل ، فالقول قول الموكّل ؛ لأنّ الأصل عدم الوكالة ، فلم يثبت أنّه أَمِنَهُ ليقبل قوله عليه . ولو

(٨) في ب ، م : « اعترف » .

(٩) سقط من : الأصل .

قال : وَكَلْتُكَ ، وَدَفَعْتُ إِلَيْكَ مَالًا . فَأُنْكَرَ الْوَكِيلُ ذَلِكَ كُلَّهُ ، أَوْ اعْتَرَفَ بِالْوَكِيلِ ، وَأُنْكَرَ دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لآخرَ : وَكَلْتُنِي أَنْ أَتَزَوَّجَ لَكَ فُلَانَةً ، بِصَدَاقٍ كَذَا ، فَفَعَلْتُ . وَادَّعَيْتِ الْمَرْأَةَ ذَلِكَ ، فَأُنْكَرَ الْمُوَكَّلُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ ، وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمْ الْآخِرَ عَقْدُ النِّكَاحِ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَا يُسْتَحْلَفُ . قَالَ الْقَاضِي : لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَدْعِي حَقًّا لغيرِهِ . فَأَمَّا إِنْ ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُسْتَحْلَفَ ؛ لِأَنَّهَا تَدْعِي الصَّدَاقَ فِي ذِمَّتِهِ ، فَإِذَا حَلَفَ لَمْ يَلْزَمْهُ الصَّدَاقُ ، وَلَمْ يَلْزَمْ الْوَكِيلَ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْمَرْأَةِ عَلَى الْمُوَكَّلِ ، وَحُقُوقُ الْعَقْدِ لَا تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ . وَنَقَلَ إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْوَكِيلَ يَلْزَمُهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي الشِّرَاءِ ضَامِنٌ لِلثَّمَنِ ، وَلِلْبَائِعِ مَطَالِبَتُهُ بِهِ ، كَذَا هُنَا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لَمَا ذَكَرْنَاهُ . وَيُفَارِقُ الشِّرَاءُ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَقْصُودُ الْبَائِعِ ، وَالْعَادَةُ تَعَجِيلُهُ وَأَخْذُهُ مِنَ الْمُتَوَلَّى لِلشِّرَاءِ ، وَالنِّكَاحُ يُخَالِفُهُ فِي هَذَا كُلَّهُ ، وَلَكِنْ إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ ضَمِنَ الْمَهْرَ ، فَلَهَا الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِنِصْفِهِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَهُ عَنِ الْمُوَكَّلِ ، وَهُوَ مُقَرَّبٌ بَأَنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : يَلْزَمُ الْوَكِيلَ جَمِيعُ الصَّدَاقِ ؛ لِأَنَّ الْفَرْقَةَ^(١٠) لَمْ تَقَعْ بِإِنْكَارِهِ ، فَيَكُونُ ثَابِتًا فِي الْبَاطِنِ ، فَيَجِبُ جَمِيعُ الصَّدَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ ، فَإِذَا أَنْكَرَ فَقَدْ أَقْرَبَتْ بِتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ إِيقَاعِهِ لَمَا تَحْرُمُ بِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَا تَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةُ حَتَّى يُطَلَّقَ ، لَعَلَّهُ يَكُونُ كَاذِبًا فِي إِنْكَارِهِ . وَظَاهِرُ هَذَا تَحْرِيمُ نِكَاحِهَا قَبْلَ طَلَاقِهَا ؛ لِأَنَّهَا مُعْتَرِفَةٌ بِأَنَّهَا زَوْجَةٌ لَهُ ، فَيُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهَا ، وَإِنْكَارُهُ لَيْسَ بِطَلَاقٍ . وَهَلْ يَلْزَمُ الْمُوَكَّلَ طَلَاقُهَا ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ فِي حَقِّهِ نِكَاحٌ ، وَلَوْ ثَبَتَ لَمْ يُكَلِّفِ الطَّلَاقَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُكَلِّفَهُ ، لِإِزَالَةِ الْاِحْتِمَالِ ، وَإِزَالَةِ الضَّرَرِّ عَنْهَا بِمَا لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِيهِ . فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ . وَلَوْ ادَّعَى أَنَّ فُلَانًا الْغَائِبَ وَكَلَّهُ فِي تَزَوُّجِ^(١١) امْرَأَةٍ ، فَتَزَوَّجَهَا لَهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْغَائِبُ ، لَمْ تَرْتَبْهُ

(١٠) فِي م : (التفرقة) .

(١١) فِي الْأَصْلِ : (تزويج) .

المرأة، إلا أن يصدقه الورثة، أو يثبت بينة. وإن أقر الموكّل بالتوكيل في التزويج،
 وأنكر أن يكون الوكيل تزوّج له، فهنا الاختلاف في تصرف الوكيل، والقول قول
 الوكيل فيه، فيثبت التزويج ههنا. وقال القاضي: لا يثبت. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه
 لا تتعدّر إقامة البينة عليه، لكونه لا يتعدّد إلا بها. وذكر أن أحمد نص عليه. وأشار
 ١٦٩/٤ / لا تتعدّر إقامة البينة عليه، لكونه لا يتعدّد إلا بها. وذكر أن أحمد نص عليه. وأشار
 إلى نصّه فيما إذا أنكر الموكّل الوكالة من أصلها. ولنا، أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما
 أمر^(١٢) به، فكان القول قوله، كما لو وكله في بيع ثوب فادّعى أنه باعه، أو في شراء عبّد
 باللف فادّعى أنه اشتراه به. وما ذكره القاضي من نص أحمد فيما إذا أنكر الموكّل
 الوكالة، فليس بنص ههنا؛ لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما^(١٣)، فلا يكون
 النص في إحداهما نصّا في الأخرى. وما ذكره من المعنى لا أصل له، فلا يعول عليه.
 ولو غاب رجل، فجاء رجل^(١٤) إلى امرأته، فذكر أن زوجها طلقها وأبائها، وكله في
 تجديد نكاحها باللف. فأدّنت له^(١٥) في نكاحها، فعقد عليها، وضمن الوكيل
 الألف، ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله، فالقول قوله، والنكاح الأول بحاله. وقياس
 ما ذكرناه أن المرأة إن صدقت الوكيل، لزمه الألف، إلا أن يبينها زوجها قبل
 دُخوله^(١٦) بها. وحكى ذلك عن مالك، وزفر. وحكى عن أبي حنيفة، والشافعي،
 أنه لا يلزم الضامن شيء؛ لأنه فرغ عن المضمون عنه، ولم يلزم المضمون عنه شيء،
 فكذلك فرغه. ولنا، أن الوكيل مقرر بأن الحق في ذمة المضمون عنه، وأنه ضامن
 عنه، فلزمه ما أقر به، كما لو ادّعى على رجل أنه ضمن له ألفا على أجنبي، فأقر الضامن
 بالضمان وصحّته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه،^(١٧) وأنكره المضمون^(١٨). وكما

(١٢) في الأصل: «أمره».

(١٣) في ١: «وتنا فيهما».

(١٤) في م: «آخر».

(١٥) سقط من: ١، ب، م.

(١٦) في م: «دخول الثاني».

(١٧-١٨) سقط من: م.

لو ادَّعى شُفْعَةً على إنسانٍ في شِقْصِ اسْتِراءِهِ ، فأَقَرَّ البائعُ بالبَّيْعِ ، وأنكَرَهُ المُشْتَرِي ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ في أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ . وإن لم تَدَّعِ المَرْأَةُ صِحَّةَ ما ذَكَرَهُ الوَكِيلُ ، فلا شَيْءَ عليه . ويَحْتَمِلُ أَنْ من أسْقَطَ عنه الضَّمَانَ أسْقَطَهُ^(١٨) في هذه الصُّورَةِ ، وَمَنْ أُوجِبَهُ أُوجِبَهُ في^(١٩) الصُّورَةِ الأُخْرَى^(٢٠) ، فلا يَكُونُ فيها اخْتِلَافٌ . والله أعلم .

الحال السادسة ، أن يَحْتَلِفَا في صِفَةِ الوَكَالَةِ ، فيقول : وَكَّلْتُكَ في بَيْعِ هذا العَبْدِ . قال : بل وَكَّلْتَنِي في بَيْعِ هذه الجارية . أو قال : وَكَّلْتُكَ في البَيْعِ بِالْفَيْنِ . قال : بل بِالْفِ . أو قال : وَكَّلْتُكَ في بَيْعِهِ نَقْدًا . قال : بل نَسِيئَةً . أو قال : وَكَّلْتُكَ في شِرَاءِ عَبْدٍ . قال : بل في شِرَاءِ أُمَةٍ . أو قال : وَكَّلْتُكَ في الشِّرَاءِ بِخُمْسَةٍ . قال : بل بِعَشْرَةٍ . فقال القاضي : القول قول المُوَكَّلِ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال أبو الحُطَّابِ : إذا قال : أَذِنْتُ لَكَ في البَيْعِ نَقْدًا ، وفي الشِّرَاءِ بِخُمْسَةٍ . قال : بل أَذِنْتُ لِي في البَيْعِ نَسِيئَةً ، وفي الشِّرَاءِ بِعَشْرَةٍ . فالقول قول الوَكِيلِ . نَصَّ عليه أَحْمَدُ في الْمُضَارَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ في التَّصَرُّفِ ، فكان القول قولُهُ في صِفَتِهِ ، كَالْحَيَّاطِ إذا قال : أَذِنْتُ لِي في تَفْصِيلِهِ قَبَاءً . قال : بل قَمِيصًا . وَحُكِيَ عن مالِكٍ ، إن أَذْرَكَ السَّلْعَةَ ، فالقول قول المُوَكَّلِ ، وإن فائتْ ، فالقول قول الوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهَا إذا فائتْ لَزِمَ الوَكِيلُ^(٢١) الضَّمَانَ ، / والأصلُ عَدَمُهُ ، بِخِلَافِ ما إذا كانت مَوْجُودَةً . والقول الأوَّلُ أَصَحُّ ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنَّهُما اخْتَلَفَا^(٢٢) في التَّوَكِيلِ الذي يَدَّعِيهِ الوَكِيلُ ، والأصلُ عَدَمُهُ ، فكان القول قول مَنْ يَنْفِيهِ ، كما لو لم يُقَرِّ المُوَكَّلُ بِتَوَكِيلِهِ في غيره . والثاني ، أَنَّهُما اخْتَلَفَا في صِفَةِ قول المُوَكَّلِ ، فكان القول قولُهُ في صِفَةِ كَلَامِهِ ، كما لو اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ في صِفَةِ الطَّلَاقِ . فعلى هذا إذا قال : اشْتَرَيْتُ لَكَ هذه الجارية بِأَذْنِكَ .

(١٨) في الأصل : « أسقط » .

(١٩-٢٠) في الأصل : « هذه الصورة » .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) في ب : « يختلفان » .

قال : ما أَذِنْتُ لَكَ^(٢٢) إِلَّا فِي شِرَاءٍ غَيْرِهَا . أو قال : اشْتَرَيْتُهَا لَكَ بِالْفَيْنِ . فقال : ما أَذِنْتُ لَكَ فِي شِرَائِهَا إِلَّا بِالْفِ . فالقول قول الموكِّل ، وعليه اليمين . فإذا حَلَفَ بَرَى من الشراء ، ثم لا يَحُلُوْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشَّرَاءُ بِعَيْنِ الْمَالِ ، أو في الذِّمَّةِ ، فإن كان بِعَيْنِ الْمَالِ ، فالبيع باطل ، وتردُّ الجارية على البائع إن اعترف بذلك ، وإن كَذَّبَهُ فِي أَنَّ الشَّرَاءَ لغيره أو بمال غيره بغير إذنه ، فالقول قول البائع ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ ما في يَدِ الْإِنْسَانِ لَهُ . فإن ادَّعَى الْوَكِيلُ عِلْمَهُ بِذَلِكَ ، حَلَفَ^(٢٣) أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمَالِ مُوَكَّلِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَخْلِفُ عَلَى نَفْسِ فِعْلٍ غَيْرِهِ ، فكانت يَمِينُهُ عَلَى نَفْسِ الْعِلْمِ ، فإذا حَلَفَ ، أَمْضَى الْبَيْعَ ، وعلى الْوَكِيلِ غَرَامَةُ الثَّمَنِ لِمُوَكَّلِهِ ، ودَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْبَائِعِ ، وَبَقِيَ الْجَارِيَةُ فِي يَدِهِ ، وَلَا تَحِلُّ لَهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَحُلُوْهُ مِنْ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا ، فتكون لِلْمُوكَّلِ ، أو كاذِبًا فتكون لِلْبَائِعِ ، فإذا أَرَادَ اسْتِحْلَالَهَا ، اشْتَرَاهَا مِمَّنْ هِيَ لَهُ فِي الْبَاطِنِ ، فإن امْتَنَعَ مِنْ بَيْعِهِ إِيَّاهَا ، رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، لِيَرْفُقَ بِهِ لِبَيْعِهِ إِيَّاهَا ، لِيُثَبَّتَ الْمِلْكُ لَهُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَيَصِيرَ مَا ثَبَتَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ثَمَنًا قِصَاصًا بِالذِي أَخَذَ مِنْهُ الْآخَرُ ظُلْمًا ، فإن امْتَنَعَ الْآخَرُ مِنَ الْبَيْعِ ، لم يُجْبَرْ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ عَقْدُ مُرَاضَاةٍ . وإن قال : إن كانت الجارية لى فقد بعْتُكها . أو قال الموكِّل : إن كنت أَذِنْتُ لَكَ فِي شِرَائِهَا بِالْفَيْنِ ، فقد بعْتُكها . ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ . وهو قول القاضى وبعض الشافعية ؛ لَأَنَّهُ بَيْعٌ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ . والثانى ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ وَقَعَ يَعْلَمَانِ وُجُودَهُ ، فَلَا يَضُرُّ جَعْلُهُ شَرْطًا ، كما لو قال : إن كانت هذه الجارية جَارِيَتِي ، فقد بعْتُكها . وكذلك كل شرط عِلْمًا وَوُجُودَهُ ، فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ وَقُوفَ^(٢٤) الْبَيْعِ وَلَا شَكَا فِيهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ ، ثُمَّ تَقَدَّ الثَّمَنُ ، صَحَّ الشَّرَاءُ ، وَلَزِمَ الْوَكِيلُ فِي الظَّاهِرِ ، فَأَمَّا فِي الْبَاطِنِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَكِيلُ كَاذِبًا فِي دَعْوَاهُ ، فَالْجَارِيَةُ لَهُ ؛ لَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي ذِمَّتِهِ بغير أمر غيره ، وإن كان صَادِقًا ، فَالْجَارِيَةُ لِمُوكَّلِهِ . فإذا أَرَادَ إِحْلَالَهَا لَهُ ، تَوَصَّلَ إِلَى شِرَائِهَا مِنْهُ ، كما ذَكَرْنَا . وكلُّ مَوْضِعٍ كَانَتْ لِلْمُوكَّلِ فِي الْبَاطِنِ

(٢٢) سقط من : ب .

(٢٣) في الأصل : « حلف » .

(٢٤) (٢٤) ا ، ب ، م ، « وقوع » .

فَأَمْتَنَعَ مِنْ بَيْعِهَا لِلْوَكِيلِ ، فَقَدْ حَصَلَتْ فِي يَدِ الْوَكِيلِ ، وَهِيَ لِلْمُوكِّلِ ، وَفِي ذِمَّتِهِ لِلْوَكِيلِ ثَمْنُهَا / . فَأَقْرُبُ الْوُجُوهِ أَنْ يَأْذَنَ لِلْحَاكِمِ فِي بَيْعِهَا ، وَتَوْفِيَةِ حَقِّهِ مِنْ ثَمْنِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْوَكِيلِ ، فَقَدْ أَذِنَ فِي بَيْعِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ لِلْمُوكِّلِ ، فَقَدْ بَاعَهَا الْحَاكِمُ فِي إيفاءِ دَيْنِ امْتَنَعَ الْمَدِينُ مِنْ وَفَائِهِ . وَقَدْ قِيلَ غَيْرُ مَا ذَكَرْنَا . وَهَذَا أَقْرَبُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ اشْتَرَاهَا الْوَكِيلُ مِنَ الْحَاكِمِ بِمَالِهِ عَلَى الْمُوكِّلِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوكِّلِ فِي هَذَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى مِنْهُ .

فصل : وَلَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ ، فَبَاعَهُ نَسِيئَةً ، فَقَالَ الْمُوكِّلُ : مَا أَذِنْتُ فِي بَيْعِهِ إِلَّا نَقْداً . وَصَدَّقَهُ الْوَكِيلُ وَالْمُشْتَرِي ، فَسَدَ الْبَيْعُ ، وَلَهُ مَطْلَابَةٌ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا بِالْعَبْدِ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، أَوْ بِقِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ تَالِفًا . فَإِنْ أَخَذَ الْقِيَمَةَ مِنَ الْوَكِيلِ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِهَا ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَخَذَهَا مِنَ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ كَذَّبَاهُ ، وَادَّعَى أَنَّهُ أَذِنَ فِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً ، فَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي : يَحْلِفُ الْمُوكِّلُ ، وَيَرْجِعُ فِي الْعَيْنِ إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً ، وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً ، رَجَعَ بِقِيَمَتِهَا عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، رَجَعَ عَلَى الْوَكِيلِ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ لَا غَيْرَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْمَبِيعَ ، وَإِنْ ضَمِنَ الْوَكِيلُ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْمُشْتَرِي فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرَّرُ بِصِحَّةِ الْبَيْعِ وَتَأْجِيلِ الثَّمَنِ ، وَأَنَّ الْبَائِعَ ظَلَمَهُ بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الْمَطْلَابَةَ بِالثَّمَنِ بَعْدَ الْأَجَلِ ، فَإِذَا حَلَّ الْأَجَلُ ، رَجَعَ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِأَقْلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْقِيَمَةِ أَوْ الثَّمَنِ الْمُسَمًّى ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ إِنْ كَانَتْ أَقْلَ ، فَمَا غَرِمَ أَكْثَرَ مِنْهَا ، فَلَا يَرْجِعُ بِأَكْثَرَ مِمَّا غَرِمَ ، وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ أَقْلَ ، فَالْوَكِيلُ مُعْتَرِفٌ لِلْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنْهُ ، وَأَنَّ الْمُوكِّلَ ظَلَمَهُ بِأَخِذِ الزَّائِدِ عَلَى الثَّمَنِ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمَا ظَلَمَهُ بِهِ الْمُوكِّلُ . وَإِنْ كَذَّبَهُ أَخَذَهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْمُصَدِّقِ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، وَيَحْلِفُ عَلَى الْمُكَذِّبِ ، وَيَرْجِعُ عَلَى حَسَبِ مَا ذَكَرْنَا . هَذَا إِنْ اعْتَرَفَ الْمُشْتَرِي بِأَنَّ الْوَكِيلَ وَكَّلَ فِي الْبَيْعِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ذَلِكَ ، وَقَالَ : إِنَّمَا بَعْتَنِي مِلْكَكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ كَوْنَهُ وَكِيلاً ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ .

فصل : وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع ، فهو أمانة في يده ، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ، ولا يضمه بتأخيره ؛ لأنه رضى بكونه في يده ، ولم يرجع عن ذلك . فإن طلبه فأخبره مع إمكانه ، فتلّف ، ضمّنه . وإن وعده برده ، ثم ادعى أنني كنت ردّته قبل طلبه ، أو أنه كان تلّف ، لم يقبل قوله ؛ لأنه مكذب لنفسه بوعده برده . فإن صدقه الموكل ، برئ ، وإن كذبه ، فالقول قول الموكل . فإن أقام الوكيل بينة بذلك ، فهل يقبل ، على وجهين ؛ أحدهما ، يقبل ؛ لأنه لو صدقه الموكل برئ ، فكذلك إذا قامت له بينة ، ولأن البينة إحدى الحجّتين ، فبرئها كالإقرار . والثاني : لا يقبل ؛ لأنه كذبها^(٢٥) بوعده بالدفع . أمّا إذا صدقه ، فقد / أقرّ ببرأته ، فلم يبق له منازع . وإن لم يعده برده ، لكن منعه أو مطله برده مع إمكانه ، ثم ادعى التلّف أو الرّد ، لم يقبل قوله ؛ لأنه ضامن بالمنع ، خارج عن حال الأمانة . وإن أقام بما ادّعاه من الرّد أو التلّف بينة ، سمعت ؛ لأنه لم يكذبها .

فصل : قال أحمد ، في رواية أبي الحارث ، في رجل له على آخر دراهم ، فبعث إليه رسولاً يقبضها ، فبعث إليه مع الرسول ديناراً ، فضاغ مع الرسول ، فهو من مال الباعث ؛ لأنه لم يأمره بمصارفته ، إنما كان من ضمان الباعث لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل ، فإن المرسل إنما أمره بقبض ماله في ذمته ، وهي الدراهم ، ولم يدفعها ، وإنما دفع ديناراً عوضاً عن^(٢٦) دراهم^(٢٧) ، وهذا صرف يفتقر إلى رضى صاحب الدين وإذنه ، ولم يأذن ، فصار الرسول وكيلاً للباعث في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به ، فإذا تلّف في يد وكيله . كان من ضمانه ، اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم^(٢٨) . فيكون حينئذ من

(٢٥) في ب ، م : كذبه .

(٢٦) في م زيادة : عشرة .

(٢٧) في ا : درهم .

(٢٨) في ا : الدرهم .

ضَمَانِ الرَّسُولِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ وَأَخَذَ الدِّينَارَ عَلَى أَنَّهُ وَكِيلٌ لِلْمُرْسِلِ . وَإِنْ قَبِضَ مِنْهُ الدَّرَاهِمَ
الَّتِي أُمِرَ بِقَبْضِهَا ، فَضَاعَتْ مِنَ الرَّسُولِ ، فَهِيَ مِنْ ^(٢٩) ضَمَانِ صَاحِبِ الدِّينِ ؛ لِأَنَّهَا
تَلَفَتْ فِي ^(٣٠) يَدِ وَكِيلِهِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّا ، فِي رَجُلٍ لَهُ عِنْدَ آخَرَ دَنَانِيرُ
وَرِثَابٌ ، فَبَعَثَ إِلَيْهِ رَسُولًا ، وَقَالَ : اخُذْ دِينَارًا وَتَوْبًا . فَأَخَذَ دِينَارَيْنِ وَتَوْبَيْنِ ،
فَضَاعَتْ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَاعِثِ . يَعْنِي الَّذِي أَعْطَاهُ الدِّينَارَيْنِ وَالتَّوْبَيْنِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ
عَلَى الرَّسُولِ . يَعْنِي عَلَيْهِ ضَمَانُ الدِّينَارِ وَالتَّوْبِ الرَّائِدَيْنِ ؛ إِنَّمَا جُعِلَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ لِأَنَّهُ
دَفَعَهُمَا إِلَى مَنْ لَمْ يُؤْمَرْ بِدَفْعِهِمَا إِلَيْهِ ، وَرَجَعَ بِهِمَا عَلَى الرَّسُولِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ ، وَحَصَلَ
التَّلَفُ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ . وَلِلْمُوكَّلِ تَضْمِينُ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى بِقَبْضِ
مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِقَبْضِهِ . فَإِذَا ضَمِنَهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ
الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ وَكَّلَ وَكِيلًا فِي اقْتِضَاءِ دَيْنِهِ ، وَغَابَ ، فَأَخَذَ
الْوَكِيلُ بِهِ رَهْنًا ، فَتَلَفَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الْوَكِيلِ ، فَقَالَ : أَسَاءَ الْوَكِيلُ فِي اخْتِذِ الرَّهْنِ ، وَلَا
ضَمَانَ عَلَيْهِ . إِنَّمَا لَمْ يَضْمَنْهُ لِأَنَّهُ رَهْنٌ فَاسِدٌ ، وَالْقَبْضُ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ ، كَالْقَبْضِ فِي
الصَّحِيحِ ، فَمَا كَانَ الْقَبْضُ فِي صَحِيحِهِ مَضْمُونًا ، كَانَ مَضْمُونًا فِي فَاسِدِهِ ، وَمَا كَانَ
غَيْرَ مَضْمُونٍ فِي صَحِيحِهِ ، كَانَ غَيْرَ مَضْمُونٍ فِي فَاسِدِهِ . وَنَقَلَ الْبَغَوِيُّ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي
رَجُلٍ أَعْطَى آخَرَ دَرَاهِمَ يَشْتَرِي لَهَا شَاةً ، فَخَلَطَهَا مَعَ دَرَاهِمِهِ ، فَضَاعَا ، فَلَا شَيْءَ
عَلَيْهِ . وَإِنْ ضَاعَ أَحَدُهُمَا ، أَثِمَهُمَا ضَاعَ غَرَمُهُ قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ
خَلَطَهَا بِمَا تَمَيَّزَ مِنْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ ^(٣١) أَذِنَ لَهُ فِي خَلَطِهَا . ^(٣٢) أَمَّا إِنْ خَلَطَهَا ^(٣٣) بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ
مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، ضَمِنَهَا ، كَالْوَدِيعَةِ . وَإِنَّمَا لَزِمَهُ الضَّمَانُ إِذَا ضَاعَ أَحَدُهُمَا ، لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ
أَنَّ الضَّائِعَ دَرَاهِمُ الْمُوكَّلِ ، وَالْأَصْلُ بَقَاؤُهَا . وَمَعْنَى الضَّمَانِ هَهُنَا ، أَنَّهُ يَحْسُبُ

(٢٩) فِي ب : ١ فِي ٤ .

(٣٠) فِي ١ ، م : ١ مِنْ ٤ .

(٣١) فِي م نَادَاةً : ١ إِنْ ٤ .

(٣٢-٣٣) سَقَطَ مِنْ : م .

١٧١/٤. الضائع من ذَرَاهِمِ نَفْسِهِ . فَأَمَّا عَلَى الْمَحْمِلِ الْآخِرِ / ، وهو إذا حَلَطَها بما تَتَمَيَّزُ منه ، فإذا ضَاعَتْ ذَرَاهِمُ الْمُوَكَّلِ وَحَدَّهَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا ضَاعَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ مِنْهُ .

٨٤٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَى الْأَمْرِ ^(١) إِلَّا بَيِّنَةٌ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا وَكَّلَ وَكِيلًا فِي قَضَاءِ دَيْنِهِ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا لِيَدْفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَأَدَّعَى الْوَكِيلُ قَضَاءَ الدَّيْنِ وَدَفَعَ الْمَالَ إِلَى الْعَرِيمِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَى الْعَرِيمِ إِلَّا بَيِّنَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَمِينِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَيْهِ فِي الدَّفْعِ إِلَيْهِ ، كَمَا لو ادَّعَى الْمُوَكَّلُ ذَلِكَ . فَإِذَا حَلَفَ الْعَرِيمُ ، فَلَهُ مَطَالَبَةُ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ لَا تَبْرَأُ بِدَفْعِ الْمَالَ إِلَى وَكِيلِهِ . فَإِذَا دَفَعَهُ فَهَلْ لِلْمُوَكَّلِ الرَّجُوعُ عَلَى وَكِيلِهِ ؟ يُنْتَظَرُ ، فَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ قَضَى الدَّيْنَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، فَلِلْمُوَكَّلِ ^(٢) الرَّجُوعُ عَلَيْهِ إِذَا ^(٣) قَضَاهُ فِي غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ . قال القاضي : سواءَ صَدَّقَهُ أَنَّهُ قَضَى الْحَقَّ أَوْ كَذَبَهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي قَضَائِهِ بِتَرْكِهِ ، وَلَمْ يُوجِدْ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى : لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَمَرَهُ بِالْإِشْهَادِ فَلَمْ يَفْعَلْ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، إِنْ صَدَّقَهُ الْمُوَكَّلُ ^(٤) فِي الدَّفْعِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ، وَإِنْ كَذَبَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ مَعَ بَيِّنَةٍ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَوَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى فَعَلَّ مَا أَمَرَ بِهِ مُوَكَّلُهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَمَا لو أَمَرَهُ بِبَيْعِ ثَوْبِهِ ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ بَاعَهُ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ مُفَرِّطٌ بِتَرْكِ الْإِشْهَادِ ، فَضَمِنَ ، كَمَا لو فَرَطَ فِي الْبَيْعِ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَمْ يَأْمُرْهُ بِالْإِشْهَادِ ؟ قُلْنَا : إِطْلَاقُ الْأَمْرِ بِالْقَضَاءِ يَفْتَضِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِهِ ، فَيَصِيرُ كَأَمْرِهِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، يَفْتَضِي ذَلِكَ الْعُرْفُ لَا الْعُمُومُ . كَذَا هُنَا . وَقِيَاسُ الْقَوْلِ الْآخِرُ يُمَكِّنُ الْقَوْلَ بِمُوجِبِهِ . وَأَنَّ قَوْلَهُ مَقْبُولٌ فِي الْقَضَاءِ ، لَكِنْ

(١) في م نهادة : « الآخر » .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل ، ب : « فإذا » .

(٤) في ب ، م : « الوكيل » .

لَزِمَهُ الضَّمَانُ لِتَفْرِيطِهِ ، لَا لِرَدِّ قَوْلِهِ . وعلى هذا ، لو كان القَضَاءُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ ، لم يَضْمَنْ الوَكِيلُ شيئا ؛ لِأَنَّ تَرْكَهُ الإِشْهَادَ وَالِاخْتِيَاظَ رِضَى مِنْهُ بِمَا فَعَلَ وَ كَيْلُهُ . وكذلك لو أُذِنَ لَهُ فِي الْقَضَاءِ بِغَيْرِ إِشْهَادٍ ، فلا ضَمَانَ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ صَرِيحَ قَوْلِهِ يُقَدِّمُ عَلَى مَا تَقْتَضِيهِ دَلَالَةُ الْحَالِ . وكذلك إِنْ أَشْهَدَ عَلَى الْقَضَاءِ عُذُولًا فَمَاتُوا أَوْ غَابُوا ، فلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِعَدَمِ تَفْرِيطِهِ . وَإِنْ أَشْهَدَ مَنْ يُخْتَلَفُ فِي ثُبُوتِ الْحَقِّ بِشَهَادَتِهِ ، كشَاهِدٍ وَاحِدٍ ، أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ ، فهل يَبْرَأُ مِنَ الضَّمَانِ ؟ يُخْرَجُ عَلَى رَوَاتَيْنِ . وَإِنْ اِخْتَلَفَ الْوَكِيلُ وَالْمُوَكَّلُ فَقَالَ : قَضَيْتُ الدَّيْنَ بِحَضْرَتِكَ . قَالَ : بَلْ (٥) فِي غَيْبَتِي ، أَوْ قَالَ : أُذِنْتُ لِي فِي قَضَائِهِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ . فَأَنْكَرَ الْإِذْنَ . أَوْ قَالَ : أَشْهَدْتُ عَلَى الْقَضَاءِ شُهُودًا فَمَاتُوا . فَأَنْكَرَهُ (٦) الْمُوَكَّلُ ، فالقول قول المُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي إِيدَاعِ مَالِهِ ، فَأَوْدَعَهُ وَلَمْ يُشْهَدْ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يَضْمَنْ إِذَا أَنْكَرَ الْمُودِعُ . وَكَلَامُ الْخَرْقِيِّ بَعُمُومِهِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَقْبَلَ قَوْلُهُ عَلَى الْآمِرِ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ لَا تُثْبِتُ إِلَّا / بِالْبَيِّنَةِ ، فَهِيَ كَالدَّيْنِ . وَقَالَ ١٧١/٤ أَصْحَابُنَا : لَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْمُودِعِ يُقْبَلُ فِي الرَّدِّ وَالْهَلَاكِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الْاسْتِثْنَاءِ ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ . فَإِنْ قَالَ الْوَكِيلُ : دَفَعْتُ الْمَالَ إِلَى الْمُودِعِ . فَقَالَ : لَمْ تَدْفَعْهُ . فالقول قول الوكيل ؛ لِأَنَّهُمَا اِخْتَلَفَا فِي تَصَرُّفِهِ ، فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ أَوْ عِنْدَهُ (٧) وَدِيعَةٌ ، فَجَاءَهُ إِنْسَانٌ فَادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلُ صَاحِبِ الدَّيْنِ وَالْوَدِيعَةِ فِي قَبْضِهِمَا ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَجَبَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَقُمْ بَيِّنَةً ، لَمْ يَلْزَمْهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ، سِوَاءَ صَدَقَهُ فِي أَنَّهُ وَكِيلُهُ أَوْ كَذَبَهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ

(٥) سقط من : ب .

(٦) في م : « فَأَنْكَرَ » .

(٧) في ب ، م : « عِنْدَهُ » .

أبو حنيفة : إن صدقته ، لزمه وفاء الدين . وفي دفع العين إليه روايتان ؛ أشهرهما ، لا يجب تسليمها . واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء ، فلزمه إيفاؤه ، كما لو أقر له أنه وارثه . ولنا ، أنه تسليم لا يبرئه ، فلا يجب ، كما لو كان الحق عينا ، وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير . وفارق الإقرار بكونه وارثه ؛ لأنه يتضمن براءته ، فإنه أقر بأنه لا حق لسواه . فأما إن أنكرك وكأنته ، لم يستحلف . وقال أبو حنيفة : يستحلف . ومبنى الخلاف ^(٨) على الخلاف ^(٩) في وجوب الدفع مع التصديق ، فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ، ألزمه اليمين عند التكذيب ، كسائر الحقوق ، ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق ، قال : لا يلزمه اليمين عند التكذيب ؛ لعدم فائدتها . فإن دفع إليه مع التصديق أو مع عدمه ، فحضر الموكل ، وصدق الوكيل ، برئ الدافع ، وإن كذبه ، فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف ، وكان الحق عينا قائمة في يد الوكيل ، فله أخذها ، وله مطالبة من شاء بردها ؛ لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها ، والوكيل عين ماله في يده . فإن طالب الدافع ، فللدافع مطالبة الوكيل بها ، وأخذها من يده ، ليسلمها إلى صاحبها . وإن تلفت العين ، أو تعدر ردها ، فلصاحبها الرجوع ببذلها على من شاء منهما ؛ لأن الدافع ضمنها بالدفع ، والمدفوع إليه قبض ما لا يستحق قبضه . وإيهما ضمن لم يرجع على الآخر ؛ لأن كل واحد منهما يدعى أن ما أخذه ^(٩) المالك ظلم ، ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد ، فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره ، إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة . فإن ضمن رجع على الوكيل ؛ لكونه لم يقر بوكالته ، ولا ثبت ببينة . وإن ضمن الوكيل ، لم يرجع عليه . وإن صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط ، استقر الضمان عليه . فإن ضمن ، لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الدافع ، رجع عليه ؛ لأنه وإن كان يقر أنه قبضه قبضا صحيحا ، لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه ، والدافع يقول : ظلمني المالك بالرجوع

(٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩) في ١ ، ب ، م : « يأخذه » .

عَلَى . وله على الوكيل حق^(١٠) يَعتَرِفُ به الوكيل ، فَبِأَخْذِهِ يَسْتَوْفَى حَقَّهُ مِنْهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ دَيْتًا ، لَمْ يَرْجِعْ إِلَّا عَلَى الدَّافِعِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الدَّافِعِ لَمْ يَبْرَأْ مِنْهُ^(١١) يَتَسَلَّيْمُهُ إِلَى غَيْرِ وَكِيلٍ صَاحِبِ الْحَقِّ ، وَالَّذِي أَخَذَهُ الْوَكِيلُ عَيْنُ مَالِ الدَّافِعِ فِي رَغْمِ صَاحِبِ الْحَقِّ ، وَالْوَكِيلُ وَالِدَّافِعِ يَزْعُمَانِ أَنَّهُ صَارَ مِلْكًا لِصَاحِبِ الْحَقِّ ، وَأَنَّهُ ظَالِمٌ لِلدَّافِعِ بِأَخْذِهِ مِنْهُ ، فَيَرْجِعُ الدَّافِعُ فِيمَا أَخَذَ مِنْهُ الْوَكِيلُ ، وَيَكُونُ قِصَاصًا مِمَّا أَخَذَ^(١٢) مِنْهُ صَاحِبُ الْحَقِّ . وَإِنْ كَانَ قَدْ تَلَفَ فِي يَدِ الْوَكِيلِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ بِأَنَّهُ / أَمِينٌ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَتَلَفَ بِتَعَدِّيهِ وَتَقْرِيطِهِ ، فَيَرْجِعَ عَلَيْهِ .

١٧٢/٤ و

فصل : فَإِنْ جَاءَ رَجُلٌ ، فَقَالَ : أَنَا وَارِثُ صَاحِبِ الْحَقِّ . فَإِنْ أَنْكَرَهُ ، لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ صِحَّةَ مَا قَال ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ هُنَا عَلَى نَفْيِ فِعْلِ الْغَيْرِ ، فَكَانَتْ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَدَّقَهُ لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، فَلَمَّا لَزِمَهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ ، لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ . وَإِنْ صَدَّقَهُ فِي أَنَّهُ وَارِثُ صَاحِبِ الْحَقِّ ، لَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ ، لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ لَهُ بِالْحَقِّ ، وَأَنَّهُ يَبْرَأُ بِهَذَا الدَّفْعِ ، فَلَزِمَهُ ، كَمَا لَوْ جَاءَ صَاحِبُ الْحَقِّ . فَأَمَّا إِنْ جَاءَ رَجُلٌ ، فَقَالَ : قَدْ أَحَالَ بَنِي عَلِيكَ صَاحِبُ الْحَقِّ . فَصَدَّقَهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : لَا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهِ غَيْرُ مُبْرِيءٍ ، لِإِحْتِمَالِ أَنْ يَجِيءَ الْمُحِيلُ فَيُنَكِّرَ الْحَوَالَةَ وَيُضْمِنَهُ^(١٣) ، فَأَشْبَهَ الْمُدْعَى لِلْوَكَالَةِ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ بِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ لِالْغَيْرِ ، فَأَشْبَهَ الْوَارِثَ . فَإِنْ قُلْنَا : يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ . لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ . لَمْ تَلْزَمْهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ ؛ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِيهَا . وَمِثْلُ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

(١٠) فِي إِهَادَةِ : هـ حَتَّى هـ .

(١١) فِي أ : هـ ذِمَّتُهُ هـ .

(١٢) فِي م : هـ أَخَذَهُ هـ .

(١٣) فِي م : هـ أَوْ يَضْمِنُهُ هـ .

فصل : ومن طَلَبَ منه حَقٌّ ، فامْتَنَعَ من دَفْعِهِ حتى يُشْهِدَ القَابِضُ على نَفْسِهِ بالقَبْضِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ الْحَقُّ عَلَيْهِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، لَمْ يَلْزَمْ ^(١٤) ^(١٥) القَابِضُ الْإِشْهَادَ ^(١٦) لَأَنَّهُ لَا ضَرَرَ ^(١٧) فِي ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ مَتَى ادَّعَى الْحَقُّ عَلَى الدَّافِعِ بَعْدَ ذَلِكَ ، قَالَ : لَا يُسْتَحَقُّ عَلَى شَيْءٍ . وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ ثَبَتَ بَيِّنَةٍ ، وَكَانَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ، كَالْمُودِعِ وَالْوَكِيلِ بغير جُعِلَ ، فَكَذَلِكَ ؛ لَأَنَّهُ مَتَى ادَّعَى عَلَيْهِ حَقٌّ ، أَوْ قَامَتْ بِهِ ^(١٧) بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ، أَوْ يُخْتَلَفُ فِي قَبُولِ قَوْلِهِ ، كَالْغَاصِبِ وَالْمُسْتَعِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ مَا قَبْلَهُ إِلَّا بِالْإِشْهَادِ ، لِثَلَاثِ تَنَكَّرَ الْقَابِضُ الْقَبْضَ . وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الدَّافِعِ فِي الرَّدِّ . وَإِنْ قَالَ : لَا يَسْتَحَقُّ عَلَى شَيْءٍ . قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ . وَإِذَا ^(١٨) أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِالْقَبْضِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ الْوَثِيقَةِ بِالْحَقِّ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْقَبْضِ تُسْقِطُ الْبَيِّنَةَ الْأُولَى ، وَالْكِتَابُ مِلْكُهُ ، فَلَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ إِلَى غَيْرِهِ .

٨٤٤ - مسألة : قال : (وَشِرَاءُ الْوَكِيلِ مِنْ نَفْسِهِ غَيْرُ جَائِزٍ . وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ وَكَّلَ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . نَقَلَهَا مُهَنَّأً . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ شَيْئًا لِنَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ جَوَازُ ذَلِكَ فِيهِمَا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ عَنْ أَحْمَدَ : يَجُوزُ لهما أَنْ يَشْتَرِيَا بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَزِيدَا عَلَى مَبْلَغِ ثَمَنِ فِي النَّدَاءِ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَتَوَلَّى النَّدَاءَ غَيْرُهُ . قَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ اشْتِرَاطُ تَوَلَّى غَيْرِهِ النَّدَاءَ ^(١) وَاجِبًا ،

(١٤) فِي أ ، ب ، م : « يَلْزَمُهُ » .

(١٥-١٥) فِي ب ، م : « الْقَاضِي بِالْإِشْهَادِ » .

(١٦) فِي م زِيَادَةٌ : « عَلَيْهِ » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ ، أ .

(١٨) فِي م : « أَوْ إِذَا » .

(١) فِي الْأَصْلِ أ : « لِلنَّدَاءِ » .

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَحَبًّا ، وَالْأَوَّلُ أَشْبَهَ بظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : الشَّرْطُ
 الثَّانِي ، أَنْ يُؤْلَى مَنْ يَبِيعُ ، وَيَكُونُ هُوَ أَحَدَ الْمُشْتَرِينَ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ يَجُوزُ لَهُ دَفْعُهَا
 إِلَى غَيْرِهِ لِيَبِيعَهَا ، وَهَذَا تَوَكِيلٌ وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ التَّوَكِيلُ ؟ قُلْنَا : يَجُوزُ التَّوَكِيلُ فِيمَا لَا
 يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ، وَالنَّدَاءُ مِمَّا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ أَنْ يَقُولَهُ أَكْثَرُ النَّاسِ بِنَفْسِهِمْ . وَإِنْ وَكَّلَ
 إِنْسَانًا يَشْتَرِي لَهُ ، وَبَاعَهُ هُوَ ، جَازَ عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ / ؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ مُوَكَّلِهِ فِي الْبَيْعِ ،
 وَحَصَلَ غَرْضُهُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا أُجْنَبِيٌّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ
 لِلْوَصِيِّ الشَّرَاءَ دُونَ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ
 أَحْسَنُ ﴾ ^(١) . وَإِذَا اشْتَرَى مَالَ الْيَتِيمِ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ مِثْلِهِ ، فَقَدْ قَرَّبَهُ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ .
 وَلَأنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْأَبِ ، وَذَلِكَ جَائِزٌ لِلْأَبِ ، فَكَذَلِكَ لِنَائِبِهِ . وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّ
 الْعُرْفَ فِي الْبَيْعِ يَبِيعُ الرَّجُلُ مِنْ غَيْرِهِ ، فَحَمِلَتِ الْوَكَالَةُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ صَرَ حَ بِهِ ، فَقَالَ :
 بَعُهُ غَيْرَكَ . وَلَأنَّهُ تَلَحُّقُ التُّهْمَةِ ، وَيَتَنَافَى الْغَرَضَانِ فِي بَيْعِهِ نَفْسَهُ ، فَلَمْ يَجْزَ ، كَمَا لَوْ
 نَهَاهُ . وَالْوَصِيُّ كَالْوَكِيلِ ، لِأنَّهُ ^(٢) يَلِي بَيْعَ مَالِ غَيْرِهِ بِتَوَلَّيْهِ ^(٣) ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ ، بَلِ
 التُّهْمَةُ فِي الْوَصِيِّ أَكْثَرُ ^(٤) مِنَ الْوَكِيلِ ^(٥) ؛ لِأنَّ الْوَكِيلَ يَتَّهَمُ فِي تَرْكِ الْاسْتِفْصَاءِ فِي الثَّمَنِ لَا
 غَيْرَ ، وَالْوَصِيُّ يَتَّهَمُ فِي ذَلِكَ ، وَفِي أَنَّهُ يَشْتَرِي مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ مَا لَا حَظَّ لِلْيَتِيمِ فِي بَيْعِهِ ،
 فَكَانَ أَوْلَى بِالْمَنْعِ ، وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا يَكُونُ أَخْذُهُ لِمَالِهِ قُرْبًا لَهُ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ . وَقَدْ رَوَى
 عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ بِتَرْكِتِهِ ، وَقَدْ تَرَكَ قَرَسًا ، فَقَالَ
 الْوَصِيُّ : أَشْتَرِيهِ ^(٦) ؟ قَالَ : لَا .

**فصل : وَالْحُكْمُ فِي الْحَاكِمِ وَأَمِينِهِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْوَكِيلِ ، وَالْحُكْمُ فِي بَيْعِ أَحَدٍ
 هَوْلًا لَوْ كَيْلَهُ ، أَوْ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، أَوْ طِفْلٍ ^(٧) يَلِي عَلَيْهِ ، أَوْ لَوْ كَيْلَهُ ، أَوْ عَبْدِهِ**

(٢) سورة الإسراء ٣٤ .

(٣) في م : (لا) .

(٤) في م زيادة : « فأشبه الوكيل أو متهم » .

(٥-٥) سقط من : الأصل .

(٦) في ب ، م : « اشتري » .

(٧) في ب ، م : « الطفل » .

الْمَأْذُونِ ، كَالْحُكْمِ فِي بَيْعِهِ لِنَفْسِهِ ، كُلُّ ذَلِكَ يُخْرَجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى بَيْعِهِ لِنَفْسِهِ ، أَمَا بَيْعُهُ لَوْلَدِهِ الْكَبِيرِ ، أَوْ وَلَدِهِ ، أَوْ مَكَائِهِ ، فَذَكَرَهُمْ أَصْحَابُنَا أَيْضًا فِي جُمْلَةِ مَا يُخْرَجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِيهِمْ وَجْهَانِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ بَيْعُهُ لَوْلَدِهِ الْكَبِيرِ ؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ مُوَكَّلِهِ ، وَوَافَقَ الْعُرْفَ فِي بَيْعِ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ لِأَخِيهِ ، وَفَارَقَ الْبَيْعَ لَوْ كَيْلَهُ ؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ إِنَّمَا يَقَعُ لِنَفْسِهِ ، وَكَذَلِكَ بَيْعُ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ ، وَبَيْعُ طِفْلٍ يَلِي عَلَيْهِ ، بَيْعٌ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُشْتَرِي لَهُ ، وَوَجْهُ الْجَمْعِ بَيْنَهُمْ ، أَنَّهُ يُتَّهَمُ فِي حَقِّهِمْ ، وَيَمِيلُ إِلَى تَرْكِ الاسْتِفْصَاءِ عَلَيْهِمْ فِي الثَّمَنِ ، كَتَهْمَتِهِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، وَلِذَلِكَ ^(٨) لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا ^(٩) أَرَادَ أَنْ يَشْتَرِيَ لِمُوَكَّلِهِ ، كَالْحُكْمِ فِي بَيْعِهِ لِمَالِهِ ^(١٠) لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي الْمَعْنَى .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَ رَجُلًا يَتَزَوَّجُ لَهُ امْرَأَةً ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ ابْنَتَهُ ؟ يُخْرَجُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ ، هَلْ يَبِيعُ لَوْلَدِهِ ؟ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ^(١١) وَمُحَمَّدٌ : يَجُوزُ . وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ مَا تَقَدَّمَ فِي الَّتِي قَبْلُهَا . وَإِنْ أَذِنَتْ لَهُ وَلَيْتَتْهُ فِي تَزْوِيجِهَا ، خُرِّجَ فِي تَزْوِيجِهَا لِنَفْسِهِ أَوْ ^(١٢) وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِهِ ^(١٣) وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرَ ^(١٤) فِي الْبَيْعِ . وَكَذَلِكَ إِنْ وَكَّلَهُ رَجُلٌ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ ، خُرِّجَ فِيهِ مِثْلُ ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ رَجُلٌ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ وَوَكَّلَهُ آخَرُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ أُذِنَ لَهُ فِي طَرَفِي الْعَقْدِ ، فَجَازَ لَهُ أَنْ يَلِيَهُمَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مُتَّهَمٍ ، كَالْأَبِ يَشْتَرِي مِنْ مَالِ وَلَدِهِ لِنَفْسِهِ . وَلَوْ وَكَّلَهُ الْمُتَدَاعِيَانِ فِي الدَّعْوَى عَنْهُمَا ، فَالْقِيَاسُ جَوَازُهُ ؛ لِأَنَّهُ تُمْكِنُهُ الدَّعْوَى عَنْ أَحَدِهِمَا ، وَالْجَوَابُ عَنِ الْآخَرِ ،

(٨) فِي ١ ، ب ، م : « وَكَذَلِكَ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٠) فِي ب : « لِلْمَالِكَةِ » .

(١١) فِي ١ : « أَبُو حَنِيفَةَ » .

(١٢-١٣) فِي م : « لَوْلَدِهِ » .

(١٣) فِي م : « ذَكَرَهُ » .

وإِقَامَةُ حُجَّةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ^(١٤) وَجْهَانِ .

/ فصل : وإذا أُذِنَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ نَفْسِهِ ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ . وقال أصحابُ ١٧٣/٤ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْتَمِعُ لَهُ فِي عَقْدِهِ غَرَضَانِ ، الِاسْتِخْصَاصُ لِنَفْسِهِ ، وَالِاسْتِغْصَاءُ لِلْمُوَكَّلِ ، وَهُمَا مُتَضَادَّانِ ، فْتَمَانَعَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَكَلَهُ ^(١٥) فِي التَّصَرُّفِ لِنَفْسِهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ الْمَرْأَةُ فِي طَلَاقِ نَفْسِهَا ، وَلَأنَّ عِلَّةَ الْمَنْعِ هِيَ مِنَ الشَّرَاءِ ^(١٦) لِنَفْسِهِ فِي مَحَلِّ لِاتِّفَاقِ التُّهْمَةِ ، لِذَلِكَ لَهَا عَلَى عَدَمِ رِضَى الْمُوَكَّلِ بِهَذَا التَّصَرُّفِ ، وَإِخْرَاجِ هَذَا التَّصَرُّفِ عَنْ عُمُومِ لَفْظِهِ وَإِذْنِهِ ، وَقَدْ صَرَّحَ هُنَا بِالِإِذْنِ فِيهَا ^(١٧) ، فَلَا تَبْقَى دَلَالَةُ الْحَالِ مَعَ نَصِّهِ بِلَفْظِهِ عَلَى خِلَافِهَا ^(١٨) . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَتَضَادُّ مَقْصُودُهُ فِي الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . قُلْنَا : إِنْ عَيَّنَ الْمُوَكَّلُ لَهُ الثَّمَنَ ، فَاشْتَرَى بِهِ ، فَقَدْ زَالَ مَقْصُودُ الِاسْتِغْصَاءِ ، فَإِنَّهُ لَا يُرَادُّ أَكْثَرَ مِمَّا قَدْ حَصَلَ ، وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ لَهُ الثَّمَنُ ، تَقَيَّدَ الْبَيْعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ لِأَجْنَبِيٍّ ^(١٩) . وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُنَا فِيمَا إِذَا وَكَّلَ عَبْدًا يَشْتَرِي لَهُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، فَيُخْرَجُ هُنَا مِثْلُهُ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : إِذَا وَكَّلَ عَبْدًا يَشْتَرِي نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ ، أَوْ يَشْتَرِي مِنْهُ عَبْدًا آخَرَ ، فَفَعَلَ ، صَحَّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ . وقال بعضهم : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ كَيْدُ سَيِّدِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَكَلَهُ فِي الشَّرَاءِ مِنْ نَفْسِهِ ، وَلِهَذَا يُحْكَمُ لِلْإِنْسَانِ بِمَا فِي يَدِ عَبْدِهِ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا وَجْهًا كَذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ عَبْدًا مِنْ غَيْرِ مَوْلَاهُ ، فَجَازَ أَنْ

(١٤) فِي ب م : « الْمَسْأَلَةُ » .

(١٥) فِي م : « وَكَل » .

(١٦) فِي م : « الْمَشْتَرَى » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٨) فِي م : « خِلَافَهُ » .

(١٩) فِي م : « الْأَجْنَبِيُّ » .

يَشْتَرِيهِ مِنْ مَوْلَاهُ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَإِذَا جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَ غَيْرَهُ ، جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَ نَفْسَهُ ، كَمَا أَنَّ الْمَرْأَةَ لَمَّا جَازَ تَوَكُّلُهَا فِي طَلَاقِ غَيْرِهَا ، جَازَ فِي طَلَاقِ نَفْسِهَا . وَالْوَجْهَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يُقَدَّرُ هُنَا جَعْلُ تَوَكُّلِ الْعَبْدِ كَتَوَكُّلِ سَيِّدِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا صِحَّةَ تَوَكُّلِ السَّيِّدِ فِي الشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ مِنْ نَفْسِهِ ، فَهُنَا أَوَّلَى . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا قَالَ الْعَبْدُ : اشْتَرَيْتُ نَفْسِي لِزَيْدٍ . فَصَدَّقَهُ سَيِّدُهُ وَزَيْدٌ ، صَحَّ ، وَلَزِمَ زَيْدُ الثَّمَنِ . وَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ : مَا اشْتَرَيْتُ نَفْسَكَ إِلَّا لِنَفْسِكَ . عَتَقَ الْعَبْدُ بِقَوْلِهِ وَإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا يَعْتَقُ بِهِ ، وَيَلْزَمُ الْعَبْدَ الثَّمَنُ فِي ذِمَّتِهِ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ زَيْدًا لَا يَلْزَمُهُ الثَّمَنُ ، لِعَدَمِ حُصُولِ الْعَيْدِ لَهُ ، وَكَوْنِ سَيِّدِهِ لَا يَدَّعِيهِ عَلَيْهِ ، فَلَزِمَ الْعَبْدَ ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِمَّنْ بَاشَرَ الْعَقْدَ أَنَّهُ لَهُ . وَإِنْ صَدَّقَهُ السَّيِّدُ وَكَذَّبَهُ زَيْدٌ ، نَظَرْتُ فِي تَكْذِيبِهِ ، فَإِنْ كَذَّبَهُ فِي الْوَكَالَةِ ، حَلَفَ وَبَرَّ ، وَلِلْسَيِّدِ فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَاسْتِرْجَاعُ عَبْدِهِ ؛ لِتَعَدُّرِ ثَمَنِهِ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ فِي الْوَكَالَةِ وَكَذَّبَهُ فِي أَنَّكَ مَا اشْتَرَيْتَ نَفْسَكَ لِي ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَيْدِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي التَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَ عَبْدُهُ فِي إِعْتَاقِ نَفْسِهِ ، أَوْ امْرَأَتُهُ فِي طَلَاقِ نَفْسِهَا ، صَحَّ . وَإِنْ وَكَّلَ الْعَبْدُ فِي إِعْتَاقِ عَبِيدِهِ ، وَالْمَرْأَةُ فِي طَلَاقِ نِسَائِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْعَبْدُ إِعْتَاقَ نَفْسِهِ ، وَلَا الْمَرْأَةُ طَلَاقَ نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْصَرِفُ بِاطْلَاقِهِ إِلَى التَّصَرُّفِ فِي غَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ هُمَا ذَلِكَ ، أَخْذًا مِنْ عُمُومِ لَفْظِهِ ، كَمَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ ، الْبَيْعُ مِنْ نَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ وَكَّلَ غَرِيمًا لَهُ فِي إِبْرَاءِ نَفْسِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ وَكَّلَهُ فِي إِسْقَاطِ حَقٍّ عَنْ نَفْسِهِ ، فَاشْتَبَهَ تَوَكُّلَ الْعَبْدِ فِي إِعْتَاقِ نَفْسِهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ / فِي إِبْرَاءِ غُرْمَائِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَبْرَأَ نَفْسَهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي حَبْسِ غُرْمَائِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ حَبْسَ نَفْسِهِ . وَلَوْ وَكَّلَهُ فِي خُصُومَتِهِمْ ، لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي خُصُومَةِ نَفْسِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ إِبْرَاءَ نَفْسِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ فِي إِبْرَاءِ الضَّامِنِ ، فَأَبْرَأَهُ ، صَحَّ . وَلَا يَبْرَأُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ . وَإِنْ وَكَّلَ الضَّامِنُ فِي إِبْرَاءِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، أَوْ الْكَفِيلُ فِي إِبْرَاءِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ ، فَأَبْرَأَهُ ، صَحَّ ، وَبَرَّ الْوَكِيلُ بِبِرَائَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَرَّغَ عَلَيْهِ ، فَإِذَا بَرَّ الْأَصْلَ بَرَّ الْفَرْعَ بِبِرَائَتِهِ .

فصل : وإن وَكَّلَهُ في إخراج صَدَقَةٍ على الْمَساكين وهو مِسْكِينٌ ، أو أَوْصَى إليه بِتَفْرِيقِ ثُلْثِهِ على قَوْمٍ وهو منهم ، أو دَفَعَ إليه مَالًا وأَمَرَهُ بِتَفْرِيقِهِ على من يُريدُ ، أو دَفَعَهُ إلى من شَاءَ ، فالْمَنْصُوصُ عن أحمدَ أَنَّهُ لا يجوزُ له أن يأخُذَ منه شيئا ، فإنَّ أحمدَ قال : إذا كان في يَدِهِ مَالٌ لِلْمَساكينِ وأَبوابُ البِرِّ وهو مُحتاجٌ ، فلا يأْكُلُ منه شيئا ، وإنَّما أَمَرَهُ بِتَفْهِيدِهِ ؛ وذلك لَأَنَّهُ إِطْلَاقٌ لَفْظُ الْمُوكِّلِ يَنْصَرِفُ إلى دَفْعِهِ إلى غيرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أنْ يجوزَ له الأخْذُ إذا تَنَاولَهُ عُمُومُ اللَّفْظِ ، كَالْمَسائِلِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ ، ولَأَنَّ الْمَعْنَى الَّتِي حَصَلَ بِهِ الاسْتِخْفَاقُ مُتَحَقِّقٌ فِيهِ ، وَاللَّفْظُ مُتَنَاولٌ له ، فجازَ له الأخْذُ كغيرِهِ . وَيَحْتَمِلُ الرُّجُوعُ في ذلك إلى قَرائِنِ الْأَحْوالِ ، فَمَا غَلَبَ على الظَّنِّ فِيهِ أَنَّهُ أَرَادَ الْعُمُومَ فِيهِ وفي غيرِهِ ، فَلَهُ الأخْذُ منه ، وما غَلَبَ أَنَّهُ لم يُرِدْهُ ، فليس له الأخْذُ ، وما تَساوَى فِيهِ الْأَمْرَانِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . وهل له أن يُعْطِيَهُ لِوَلَدِهِ أو وَلَدِهِ أو أَمْرَاتِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَوَّلُهُما ، جَوَازُهُ ؛ لِذُخُولِهِمْ ، في عُمُومِ لَفْظِهِ ، ووُجُودِ الْمَعْنَى الْمُقْتَضَى لِجَوَازِ الدَّفْعِ إِلَيْهِمْ . فَأَمَّا مَنْ تَلَزَّمَهُ مُؤَنَّثُهُ غيرَ هَؤُلَاءِ ، فيجوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِمْ ، كما يجوزُ دَفْعُ صَدَقَةِ التَّطَوُّعِ إِلَيْهِمْ .

٨٤٥ - مسألة ؛ قال : (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز . وكذلك شراؤه له من نفسه)

يَعْنِي أَنَّ الْأَبَ يجوزُ أن يَشْتَرِيَ لِنَفْسِهِ من مالِ ابْنِهِ الَّذِي في حِجْرِهِ . وَيَبِيعُ وَلَدَهُ من مالِ نَفْسِهِ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، ومالك ، والأوزاعي . وزادوا الجَدَّ ، فأباحوا له ذلك . وقال زفر : لا يجوزُ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ ، فلا يجوزُ أن يَتَعَلَّقَ بِهِ حُكْمَانِ مُتَضَادَّانِ ، ولأنَّهُ لا يجوزُ أن يكونَ مُوجِبًا وَقَابِلًا في عَقْدٍ وَاحِدٍ ، كما لا يجوزُ أن يَتَزَوَّجَ^(١) بِنْتِ عَمِّهِ من نَفْسِهِ . ولنا ، أن هذا يَلِي بِنَفْسِهِ ، فجازَ أن يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ، كَالْأَبِ يَزُوجُ ابْنَتَهُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ ، وَالسَّيِّدُ يَزُوجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ . ولا تُسَلَّمُ ما ذَكَرَهُ من تَعَلُّقِ حُقُوقِ الْعَقْدِ بِالْعَاقِدِ لغيرِهِ . فَأَمَّا الْجَدُّ فَلَا وِلَايَةَ لَهُ على ابنِ ابْنِهِ ، على ما سَنَذْكُرُهُ في

(١) لعل الصواب : « يَتَزَوَّجُ » .

مَوْضِعِهِ ، فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْأَجْنَبِيِّ . وَلَأَنَّهُ التُّهْمَةُ بَيْنَ الْأَبِ وَوَلَدِهِ مُنْتَفِيَةٌ ، إِذَا مِنْ طَبْعِهِ الشَّقَقَةُ عَلَيْهِ ، وَالْمَيْلُ إِلَيْهِ ^(٢) ، وَتَرَكُ حَظَّ نَفْسِهِ لِحَظِّهِ ، فَلِذَلِكَ جَازٌ . وَفَارَقَ الْجَدُّ وَالْوَصِيُّ وَالْحَاكِمُ وَأَمِينُهُ ؛ فَإِنَّ التُّهْمَةَ غَيْرُ مُنْتَفِيَةٍ فِي حَقِّهِمْ . وَأَمَّا تَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ، فَيَجُوزُ ، بِدَلِيلِ الْأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَلَا تُسَلِّمُ مَا ذَكَرَهُ فِيمَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ / ابْنَتَهُ ١٧٤/٤ عَمَّهُ ، بَلْ يَجُوزُ بِدَلِيلِ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ قَالَ لِابْنَةِ قَارِظٍ : أَتَجْعَلِينَ أَمْرَكَ إِلَيَّ ؟ قَالَتْ : نَعَمْ . قَالَ : قَدْ تَزَوَّجْتُكَ ^(٣) . ^(٤) وَلَيْسَ سَلَمْنَا فَلَانَ ^(٥) التُّهْمَةُ غَيْرُ مُنْتَفِيَةٍ ثُمَّ .

٨٤٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَا فَعَلَ الْوَكِيلُ بَعْدَ فُسْخِ الْمُوَكَّلِ أَوْ مَوْتِهِ فَبَاطِلٌ)

وجملته أَنَّ الْوَكَالََةَ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، فَلِلْمُوكِّلِ عَزْلُ وَكَيْلِهِ مَتَى شَاءَ ، وَلِلْوَكِيلِ عَزْلُ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِبْطَالُهُ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ فِي أَكْلِ طَعَامِهِ . وَتَبْطُلُ أَيْضًا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا ، أَيُّهُمَا كَانَ ، وَجُنُونُهُ الْمُطْبِقِ . وَلَا خِلَافٌ فِي هَذَا كُلِّهِ فِيمَا نَعْلَمُ . فَمَتَى تَصَرَّفَ الْوَكِيلُ بَعْدَ فُسْخِ الْمُوَكَّلِ ، أَوْ مَوْتِهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْوَكِيلُ بِالْعَزْلِ ، وَلَا مَوْتِ الْمُوَكَّلِ ، فَفَعَلَ أَحَدَهُمَا رَوَايَتَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ هَذَا أَنَّهُ يَنْعَزِلُ ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . وَمَتَى تَصَرَّفَ ، فَإِنْ أَنْ تَصَرَّفَهُ بَعْدَ عَزْلِهِ ، أَوْ مَوْتِ مُوَكَّلِهِ ، فَتَصَرَّفُهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ رَفَعَ عَقْدَ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى رِضَى صَاحِبِهِ ، فَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى عِلْمِهِ ، كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، لَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ عِلْمِهِ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَعَزْلِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، لِأَنَّهُ لَوْ انْعَزَلَ قَبْلَ عِلْمِهِ ، كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَصَرَّفُ تَصَرُّفَاتٍ فَتَقَعُ بَاطِلَةً ، وَرُبَّمَا بَاعَ الْجَارِيَةَ فَيَطُوعُهَا الْمُشْتَرَى ، أَوْ الطَّعَامَ فَيَأْكُلُهُ ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ الْمُشْتَرَى ، وَيَجِبُ ضَمَانُهُ ، وَيَتَضَرَّرُ الْمُشْتَرَى وَالْوَكِيلُ . وَلِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ

(٢) فِي م : د ل ه .

(٣) أَوْرَدَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ هُوَ الْخَاطِبُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧ / ٢١ ، وَابْنُ سَعْدٍ ، فِي الطَّبَقَاتِ الْكُبْرَى ٨ / ٤٧٢ .

(٤-٥) فِي ب : د وَإِنْ سَلَمْنَا فَإِنَّ ، .

بأمر الموكِّل ، ولا يثبتُ حُكْمُ الرُّجُوعِ فِي حَقِّ الْمَأْمُورِ قَبْلَ عِلْمِهِ ، كَالْفَسْخِ . فَعَلِي هَذِهِ الرَّوَايَةُ ، مَتَى تَصَرَّفَ قَبْلَ الْعِلْمِ ، نَفَذَ تَصَرُّفَهُ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنْ عَزَلَهُ الْمُوكِّلُ ، فَلَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ عِلْمِهِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا . وَإِنْ عَزَلَ الْوَكِيلُ نَفْسَهُ ، لَمْ يَنْعَزِلْ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُوكِّلِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِأَمْرِ الْمُوكِّلِ ، فَلَا يَصِحُّ رَدُّ^(١) أَمْرِهِ بِغَيْرِ حَضْرَتِهِ ، كَالْمُودِعِ فِي رَدِّ الْوَدِيعَةِ . وَلَنَا ، مَا تَقَدَّمَ . فَأَمَّا الْفَسْخُ فِيهِ وَجْهَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ . ثُمَّ هُمَا مُفْتَرِقَانِ ؛ فَإِنَّ أَمْرَ الشَّارِعِ يَتَضَمَّنُ الْمَعْصِيَةَ بِتَرْكِهِ ، وَلَا يَكُونُ عَاصِيًا مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ ، وَهَذَا يَتَضَمَّنُ الْعَزْلَ عَنْهُ إِبْطَالَ التَّصَرُّفِ ، فَلَا يَمْنَعُ مِنْهُ عَدَمُ الْعِلْمِ .

فصل : وَمَتَى خَرَجَ أَحَدُهُمَا عَنْ كَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، مِثْلُ أَنْ يُجَنَّ ، أَوْ يُحْجَرَ عَلَيْهِ لِسَفِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ ، فَلَا يُمْلِكُهُ غَيْرُهُ مِنْ جِهَتِهِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الشَّرَكَةِ : إِذَا وَسَّوسَ أَحَدُهُمَا ، فَهُوَ مِثْلُ الْعَزْلِ . وَإِنْ حُجِرَ عَلَى الْوَكِيلِ لِفَلْسٍ^(٢) ، فَالْوَكَالَةُ بِحَالِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ كَوْنِهِ أَهْلًا لِلتَّصَرُّفِ . وَإِنْ حُجِرَ عَلَى الْمُوكِّلِ ، وَكَانَتِ الْوَكَالَةُ فِي أَغْيَانِ مَالِهِ ، بَطَلَتْ ؛ لِإِنْقِطَاعِ تَصَرُّفِهِ فِي أَغْيَانِ مَالِهِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي الْخُصُومَةِ ، أَوْ الشُّرَاءِ فِي الذِّمَّةِ ، أَوْ الطَّلَاقِ ، أَوْ الْخُلْعِ ، أَوْ الْقِصَاصِ ، فَالْوَكَالَةُ بِحَالِهَا ؛ لِأَنَّ الْمُوكِّلَ أَهْلٌ لَذَلِكَ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنْبِطَ فِيهِ ابْتِدَاءً ، فَلَا تَنْقُطُ الْعَيْنُ الْاسْتِدَامَةُ . وَإِنْ فَسَقَ الْوَكِيلُ لَمْ يَنْعَزِلْ / ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْوَكَالَةُ فِيْمَا يُتَنَافَى فِيهِ الْفُسْقُ ، كَالْإِجَابِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ ، فَإِنَّهُ يَنْعَزِلُ بِفُسْقِهِ أَوْ فُسْقِ مُوَكَّلِهِ بِخُرُوجِهِ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ . وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا فِي الْقَبُولِ لِلْمُوكِّلِ ، لَمْ يَنْعَزِلْ بِفُسْقِ مُوَكَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَنَافَى جَوَازَ قَبُولِهِ . وَهَلْ يَنْعَزِلُ بِفُسْقِ نَفْسِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا فِيْمَا^(٣) تُشْتَرَطُ فِيهِ الْأَمَانَةُ ، كَوَكِيلِ وَلِيِّ الْيَتِيمِ ، وَوَلِيِّ الْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، وَنَحْوِ هَذَا ، انْعَزَلَ بِفُسْقِهِ وَفُسْقِ مُوَكَّلِهِ بِخُرُوجِهِمَا بِذَلِكَ عَنْ أَهْلِيَّةِ

(١) فِي ب ، م : (رَدُّهُ) .

(٢) فِي الْأَصْلِ : (لِسَفِهِ) .

(٣-٣) فِي ب : (تَسْقُطُ عَنْهُ) .

التَّصَرُّف . وإن كان (٤) وَكِيلًا لَوْ كِيلَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ نَفْسِهِ ، انْعَزَلَ بِفِسْقِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ لَيْسَ لَهُ تَوْكِيلٌ فَاسِقٍ ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِفِسْقِ مُوَكَّلِهِ ؛ لِأَنَّ مُوَكَّلَهُ وَكِيلٌ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَلَا يَنَافِيهِ الْفِسْقُ ، وَلَا تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِالنَّوْمِ وَالسُّكْرِ وَالْإِعْمَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُخْرِجُهُ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، وَلَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ وَلَايَةٌ ، إِلَّا أَنْ يَخْصُلَ الْفِسْقُ بِالسُّكْرِ ، فَيَكُونُ فِيهِ مِنَ التَّفْصِيلِ مَا اسْتَلْفَنَاهُ .

فصل : وَلَا تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِالتَّعَدَّى فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ ، مِثْلُ أَنْ يَلْبَسَ الثَّوبَ ، وَيَرْكَبَ الدَّابَّةَ . وَهَذَا أَحَدُ التَّوَجُّهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّهَا عَقْدُ أَمَانَةٍ ، فَبَطَلَتْ (٥) بِالتَّعَدَّى كَالْوَدِيعَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا تَصَرَّفَ فَقَدْ تَصَرَّفَ بِإِذْنِ مُوَكَّلِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَتَعَدَّ . وَيُفَارِقُ الْوَدِيعَةَ مِنْ جِهَةِ أَنَّهَا أَمَانَةٌ مُجَرَّدَةٌ ، فَذَاهَا التَّعَدَّى وَالْخِيَانَةُ ، وَالْوَكَالَةُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ تَضَمَّنَتْ الْأَمَانَةَ ، فَإِذَا انْتَفَتِ الْأَمَانَةُ بِالتَّعَدَّى ، بَقِيَ الْإِذْنُ بِحَالِهِ . فَعَلَى هَذَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ ثَوْبٍ فَلَبَسَهُ ، صَارَ ضَامِنًا . فَإِذَا بَاعَهُ ، صَحَّ بَيْعُهُ ، وَبَرَى مِنْ ضَمَانِهِ ؛ لِذُخُولِهِ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي وَضَمَانِهِ . فَإِذَا قَبِضَ الثَّمَنَ ، كَانَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ غَيْرَ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبِضُهُ بِإِذْنِ الْمُوَكَّلِ ، وَلَمْ يَتَعَدَّ فِيهِ . وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا ، وَوَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ ، فَتَعَدَّى فِي الثَّمَنِ ، صَارَ ضَامِنًا لَهُ ، فَإِذَا اشْتَرَى بِهِ وَسَلَّمَهُ ، زَالَ الضَّمَانُ ، وَقَبِضُهُ لِلْمَبِيعِ قَبِضُ أَمَانَةٍ . وَإِنْ وَجَدَ بِالْمَبِيعِ عَيْبٌ ، فَرَدَّ عَلَيْهِ ، أَوْ وَجَدَ هُوَ بِمَا اشْتَرَى عَيْبًا ، فَرَدَّهُ وَقَبِضَ الثَّمَنَ ، كَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْمُزِيلَ لِلضَّمَانِ زَالَ ، فَعَادَ مَا زَالَ بِهِ (٦) .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَ امْرَأَتُهُ فِي بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّ زَوَالَ النِّكَاحِ لَا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْوَكَالَةِ ، فَلَا يَقْطَعُ اسْتِدَامَتَهَا . وَإِنْ وَكَّلَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ ، أَوْ بَاعَهُ ، لَمْ يَنْعَزِلْ ؛ لِذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْعَزِلَ ؛ لِأَنَّ تَوْكِيلَ عَبْدِهِ لَيْسَ بِتَوْكِيلٍ

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَكَّلَ » .

(٥) فِي ب ، م : « فَتَبْطُلُ » .

(٦) فِي م : « عَنْهُ » .

في الحقيقة ، إنما هو استحداثاً بحق الملك ، فيبطل بزوال الملك . وإذا باعه فقد صار إلى ملك من لم يأذن في توكيله ، وثبت ملك غيره فيه يمنع ابتداءً توكيله بغير إذنه ، فيقطع استدامته . وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه . والصحيح أن الوكالة لا تبطل ؛ لأن سيّد العبد أذن له في بيع ماله ، والعنق لا يبطل الإذن . وهكذا إن باعه ، إلا أن المشتري إن رضى ببقائه على الوكالة ، بقى ، وإن لم يرض بذلك ، بطلت الوكالة . وإن وكل عبد غيره ، فأعتقه ، لم تبطل الوكالة ، وجهها واحداً ؛ لأن هذا توكيل حقيقة ، والعنق غير منافي / له . وإن اشتراه المؤكل^(٧) منه لم تبطل الوكالة^(٨) ؛ لأن ملكه له لا ينافي إذنه له في البيع والشراء^(٩) .

١٧٥/٤ و

فصل : وإن وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه ، صحّ توكيله ، سواء كان ذمياً ، أو مستأثماً ، أو حريباً ، أو مرتدّاً ؛ لأنّ العدالة غير مشترطة فيه ، وكذلك الدين ، كالبيع . وإن وكل مسلماً فارتدّ ، لم تبطل وكالته^(١٠) ، سواء لحق بدار الحرب ، أو أقام . وقال أبو حنيفة : إن لحق بدار الحرب بطلت وكالته ؛ لأنه صار منهم . ولنا ، أنه يصح تصرفه لنفسه ، فلم تبطل وكالته ، كما لو لم يلحق بدار الحرب ، ولأنّ الردّة لا تمنع ابتداءً وكالته فلم^(١١) تمنع استدامتها ، كسائر الكفر . وإن ارتدّ المؤكل ، لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه ، فأما الوكيل في ماله ، فينبى على تصرفه نفسه ، فإن قلنا : يصح تصرفه . لم يبطل توكيله ، وإن قلنا : هو موقوف . فوكالته موقوفة ، وإن قلنا : يبطل تصرفه . بطل توكيله . وإن وكل في حال ردّه ، ففيه الوجوه الثلاثة أيضاً .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : الأصل ، ا .

(٩) في م : « أو الشراء » .

(١٠) في م : « الوكالة » .

(١١) في م : « فلا » .

فصل : ولو وَكَّلَ رَجُلًا فِي نَقْلِ امْرَأَتِهِ ، أَوْ بَيْعِ عَبْدِهِ ، أَوْ قَبْضِ دَارِهِ مِنْ فُلَانٍ ، ففَاتَمَتِ الْبَيْتَةُ بِطَلَاقِ الزَّوْجَةِ ، وَعَتَقَ الْعَبْدَ ، وَانْتَقَلَ الدَّارَ عَنِ الْمُوَكَّلِ ، بَطَلَتْ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ تَصَرُّفُ الْمُوَكَّلِ ، فزَالَتْ وَكَالَتُهُ .

فصل : وإن تَلَفَّتِ الْعَيْنُ الَّتِي وَكَّلَ فِي التَّصَرُّفِ فِيهَا ، بَطَلَتْ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّ مَحَلَّهَا ذَهَبَ ، فَذَهَبَتِ الْوَكَالَةُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ فَمَاتَ . وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ دِينَارًا ، وَوَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ بِهِ ، فَهَلَكَ الدِّينَارُ ، أَوْ ضَاعَ ، أَوْ اسْتَقْرَضَهُ الْوَكِيلُ وَتَصَرَّفَ فِيهِ ، بَطَلَتْ الْوَكَالَةُ ، ^(١٢) سِوَاءَ وَكَّلَهُ ^(١٣) فِي الشِّرَاءِ بَعِيْنَهُ أَوْ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ بَعِيْنَهُ ، فَقَدْ اسْتَحَالَ الشِّرَاءُ بَعِيْنَهُ بَعْدَ تَلَفِهِ ، فَبَطَلَتْ الْوَكَالَةُ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ مُطْلَقًا ، وَتَقَدَّ الدِّينَارُ ، بَطَلَتْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ ^(١٤) إِنَّمَا وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ بِهِ ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَنْقُذَهُ ثَمَنَ ذَلِكَ الْبَيْعِ ، إِمَّا قَبْلَ الشِّرَاءِ أَوْ بَعْدَهُ ، وَقَدْ تَعَدَّرَ ذَلِكَ بِتَلَفِهِ ، وَلِأَنَّهُ ^(١٥) لَوْ صَحَّ شِرَاؤُهُ ، لِلزِّمِّ الْمُوَكَّلِ ثَمَنٌ ^(١٦) لَمْ يَلْزِمُهُ ^(١٧) ، وَلَا رَضِيَ بِلِزْوَمِهِ . وَإِذَا اسْتَقْرَضَهُ الْوَكِيلُ ، ثُمَّ عَزَلَ دِينَارًا عِوَضَهُ ، وَاشْتَرَى بِهِ ، فَهُوَ كَالشِّرَاءِ لَهُ مِنْ غَيْرِ إِذِنْ ؛ لِأَنَّ الْوَكَالََةَ بَطَلَتْ ، وَالدِّينَارُ الَّذِي ^(١٨) عَزَلَهُ عِوَضًا لَا يَصِيرُ لِلْمُوَكَّلِ حَتَّى يَقْبِضَهُ ، فَإِذَا اشْتَرَى لِلْمُوَكَّلِ بِهِ ^(١٩) شَيْئًا وَقَفَّ عَلَى إِجَارَةِ الْمُوَكَّلِ ، فَإِنْ أَجَارَهُ صَحَّ وَلِزِمَهُ ^(٢٠) الثَّمَنُ ، وَإِلَّا لَزِمَ الْوَكِيلُ . وَعَنْهُ يَلْزَمُ الْوَكِيلُ بِكُلِّ حَالٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : مَتَى اشْتَرَى بَعِيْنٍ مَالِهِ لغيرِهِ شَيْئًا ، فَالشِّرَاءُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ بَعِيْنٌ مَالَهُ مَا يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : مَتَى اشْتَرَى لغيرِهِ بِمَالِ نَفْسِهِ شَيْئًا ^(٢١) ، صَحَّ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ ، سِوَاءَ اشْتَرَاهُ

(١٢-١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) في م زيادة : « إن » .

(١٤) في الأصل : « وإنه » .

(١٥-١٦) في ١ : « من لم يلتزمه » .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) سقط من : ١ ، ب .

(١٨) في م : « ولزم » .

(١٩) سقط من : الأصل .

بَعَيْنِ الْمَالِ أَوْ فِي الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى لَهُ مَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي شِرَائِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ .

فصل : نَقَلَ الْأَثَرُ عَنْ أَحَدٍ ، فِي رَجُلٍ كَانَ لَهُ عَلَى آخَرَ دَرَاهِمٌ ، فَقَالَ لَهُ : إِذَا أَمَكَّنَكَ قَضَاؤُهَا فَادْفَعْهَا إِلَى فَلَانٍ . وَغَابَ صَاحِبُ الْحَقِّ ، وَلَمْ يُوصِ إِلَى هَذَا الَّذِي أُذِنَ لَهُ فِي الْقَبْضِ ، لَكِنْ جَعَلَهُ وَكَيْلًا ، وَتَمَكَّنَ مِنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنَ الْقَضَاءِ ، فَخَافَ إِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْوَكِيلِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ قَدْ مَاتَ ، وَيَخَافُ التَّبِعَةَ مِنَ الْوَرِثَةِ . فَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي أَنْ

يُدْفَعَ إِلَيْهِ لَعَلَّهُ قَدْ مَاتَ ، / لَكِنْ يَجْمَعُ بَيْنَ الْوَكِيلِ وَالْوَرِثَةِ ، وَيَبْرَأُ إِلَيْهِمَا مِنْ ذَلِكَ . هَذَا ١٧٥/٤
ذَكَرَهُ أَحْمَدُ عَلَى طَرِيقِ النَّظَرِ لِلْغَرِيمِ ، خَوْفًا مِنَ التَّبِعَةِ مِنَ الْوَرِثَةِ إِنْ كَانَ مُورِثُهُمْ قَدْ مَاتَ ، فَانْعَزَلَ وَكَيْلَهُ وَصَّارَ الْحَقُّ لَهُمْ ، فَيَرْجِعُونَ عَلَى الدَّافِعِ إِلَى الْوَكِيلِ . فَأَمَّا مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ ، فَلِلْوَكِيلِ الْمُطَالَبَةُ ، وَلِلْآخِرِ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ أَحْمَدُ قَدْ نَصَّ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ : إِذَا وَكَّلَهُ فِي الْحَدِّ وَغَابَ ، اسْتَوْفَاهُ الْوَكِيلُ . وَهُوَ أَبْلَغُ مِنْ هَذَا ؛ لِكَوْنِهِ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، لَكِنْ هَذَا اخْتِيَاظٌ حَسَنٌ ، وَثَبْرَةٌ لِلْغَرِيمِ ^(٢٠) ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَإِزَالَةٌ لِلتَّبِعَةِ عَنْهُ . وَفِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْوَكِيلَ انْعَزَلَ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّهُ اخْتَارَ أَنْ لَا يُدْفَعَ إِلَى الْوَكِيلِ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ قَدْ مَاتَ ، فَانْتَقَلَ إِلَى الْوَرِثَةِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اخْتَارَ هَذَا لِأَنَّ الْوَكِيلَ الْقَاضِيَّ مِمَّنْ يَرَى أَنَّ الْوَكِيلَ يَنْعَزِلُ بِالْمَوْتِ ، فَيَحْكُمُ عَلَيْهِ بِانْعِزَالِهِ ^(٢١) . وَفِيهَا دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ تَرَاحِيهِ الْقَبُولِ عَنِ الْإِجَابِ ؛ لِأَنَّهُ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ ^(٢٢) الْحَقِّ وَلَمْ يَعْلَمْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ حَاضِرًا فَيَقْبَلُ . وَفِيهَا دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ التَّوَكِيلِ بغيرِ لَفِظِ التَّوَكِيلِ . وَقَدْ نَقَلَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، فِي رَجُلٍ قَالَ لِلرَّجُلِ : بَعْنِ ثَوْبِي . لَيْسَ ^(٢٣) بِشَيْءٍ ^(٢٤) حَتَّى يَقُولَ : قَدْ وَكَّلْتُكَ . وَهَذَا سَهْوٌ مِنَ النَّاقِلِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ

(٢٠) فِي ب : « الْغَرِيمِ » .

(٢١) فِي أ ، ب ، م : « بِالْعَزْلِ بِهِ » .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « بَعْضُ » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلَيْسَ » .

(٢٤) فِي أ ، ب ، م : « شَيْءٌ » .

ذِكْرُ الدَّلِيلِ عَلَى جَوَازِ التَّوَكِيلِ بِغَيْرِ لَفْظِ التَّوَكِيلِ ، وَهُوَ الَّذِي نَقَلَهُ^(٢٥) الْجَمَاعَةُ .

٨٤٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي طَلَاقِ زَوْجَتِهِ ، فَهُوَ فِي يَدِهِ حَتَّى يَفْسَخَ أَوْ يَطَّأ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَكَالَهَ إِذَا وَقَعَتْ مُطْلَقَةً غَيْرَ مُؤَقَّتَةٍ ، مَلَكَ التَّصَرُّفَ أَبَدًا ، مَا لَمْ تَنْفَسِخِ الْوَكَالَهَ ، وَفَسَخَ الْوَكَالَهَ أَنْ يَقُولَ : فَسَخْتُ الْوَكَالَهَ ، أَوْ أَبْطَلْتُهَا ، أَوْ نَقَضْتُهَا ، أَوْ عَزَلْتُكَ ، أَوْ صَرَفْتُكَ عَنْهَا ، وَأَزَلْتُكَ عَنْهَا . أَوْ يَنْتَهِاهُ عَنْ فِعْلٍ مَا أَمَرَهُ بِهِ أَوْ وَكَّلَهُ فِيهِ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا مِنَ الْأَلْفَافِ الْمُقْتَضِيَةِ عَزْلَهُ أَوْ^(١) الْمُؤَدِّيَةِ^(٢) مَعْنَاهُ ، أَوْ يَعَزِلُ الْوَكِيلَ نَفْسَهُ ، أَوْ يُوجِدَ مَا يَقْتَضِي فَسْخَهَا حُكْمًا ، عَلَى مَا قَدْ ذَكَرْنَا ، أَوْ يَزُولَ مِلْكُهُ عَمَّا قَدْ وَكَّلَهُ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ ، أَوْ يُوجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ عَنِ^(٣) الْوَكَالَهَ . فَإِذَا وَكَّلَهُ فِي طَلَاقِ امْرَأَتِهِ ، ثُمَّ وَطَّئَهَا ، انْفَسَخَتِ الْوَكَالَهَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى رَغَبَتِهِ فِيهَا ، وَاخْتِيَارِهِ إِمْسَاكَهَا . وَكَذَلِكَ لَوْ^(٤) وَطَّئَهَا بَعْدَ طَلَاقِهَا طَلَاقًا رَجْعِيًّا ، كَانَ ارْتِجَاعًا لَهَا ، فَإِذَا اقْتَضَى رَجْعَتَهَا بَعْدَ طَلَاقِهَا ، فَلَاَنْ يَقْتَضِيَ اسْتِبْقَاءَهَا عَلَى نِكَاحِهِ^(٥) وَمَنْعَ طَلَاقِهَا أَوَّلَى . وَإِنْ بَاشَرَهَا دُونَ الْفَرْجِ ، أَوْ قَبَّلَهَا ، أَوْ فَعَلَ بِهَا مَا يَحْرُمُ عَلَى غَيْرِ الزَّوْجِ ، فَهَلْ تَنْفَسِخُ الْوَكَالَهَ فِي الطَّلَاقِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الْخِلَافِ فِي حُصُولِ الرَّجْعَةِ بِهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ ، أَوْ بَاعَهُ بَيْعًا صَحِيحًا ، أَوْ كَاتَبَهُ ، أَوْ ذَبَرَهُ ، انْفَسَخَتِ الْوَكَالَهَ ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ مِلْكُهُ لَا يَبْقَى لَهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ فِيهَا لَا يَمْلِكُهُ ، وَفِي الْكِتَابَةِ وَالتَّذْيِيرِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ، وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، تَصَرُّفُهُ

(٢٥) في ١ ، م : « نقل » .

(١) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٢) في ب زيادة : « إلى » .

(٣) في ب : « في » .

(٤) في م : « إن » .

(٥) في الأصل ، م : « نكاحها » .

فيه بذلك يَدُلُّ على أَنَّهُ قَصَدَ الرُّجُوعَ عَنْ بَيْعِهِ . وَإِنْ بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِيدًا لَمْ تَبْطُلِ الْوَكَالَةُ ؛
لأنَّ مِلْكَهُ فِي الْعَبْدِ لَمْ يَزُلْ . ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ .

٨٤٨ - مسألة ؛ قال : (ومن وُكِّلَ في شِرَاءِ شَيْءٍ فَاشْتَرَى غَيْرَهُ ، كَانَ الْأَمْرُ
مُخِيرًا فِي قَبُولِ الشِّرَاءِ ، فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ ، لَزِمَ الْوَكِيلُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتِرَاءُ بَعِيْنِ
الْمَالِ ، فَيُطْلَلُ الشِّرَاءُ)

وجملته أَنَّ الْوَكِيلَ فِي الشِّرَاءِ إِذَا خَالَفَ مُوَكَّلَهُ ، فَاشْتَرَى غَيْرَ مَا وُكِّلَ فِي شِرَائِهِ ،
مِثْلَ أَنْ يُوَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ فَيَشْتَرِي جَارِيَةً ، لَمْ يَحُلْ مِنْ أَنْ يَكُونَ اشْتِرَاءُ فِي ذِمَّتِهِ أَوْ بَعِيْنِ
الْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ اشْتِرَاءُ فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ / نَقَدَ ثَمَنَهُ ، فَالشِّرَاءُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اشْتَرَى
بِثَمَنِ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِلْكًا لغيرِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَصِحُّ ، فِي أَحَدٍ
الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَهُ عَلَى أَنَّهُ لِلْمُوَكَّلِ ، وَلَمْ يَأْذِنْ فِيهِ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى بَعِيْنِ
مَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَتَوَهَّ غَيْرِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ،
فَعَنْ أَحَدِ رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الشِّرَاءُ لَا يَزِمُ لِلْمُشْتَرِي . وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي لِأَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ بغيرِ إِذْنِ غَيْرِهِ ، فَكَانَ الشِّرَاءُ لَهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَتَوَهَّ غَيْرِهِ .
وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، يَقِفُ عَلَى إِجَارَةِ الْمُوَكَّلِ ، فَإِنْ أَجَارَهُ لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى لَهُ وَقَدْ
أَجَارَهُ ، فَلَزِمَهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِإِذْنِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ لَزِمَ الْوَكِيلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَلْزَمَ
الْمُوَكَّلُ ، لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذِنْ فِي شِرَائِهِ ، وَلَزِمَ الْوَكِيلُ ؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ صَدَرَ مِنْهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لغيرِهِ ،
فَيُثْبِتُ فِي حَقِّهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا فِي ذِمَّتِهِ
لغيرِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ، سَوَاءً كَانَ وَكِيلًا لِلَّذِي قَصَدَ الشِّرَاءَ لَهُ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا لَهُ . فَأَمَّا إِنْ
اشْتَرَى بَعِيْنِ الْمَالِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : بِعْنِي الْجَارِيَةَ بِهَذِهِ الدَّنَانِيرِ . أَوْ بَاعَ مَالَ غَيْرِهِ بغيرِ
إِذْنِهِ ، فَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى
أَنَّهُ صَحِيحٌ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَارَةِ الْمَالِكِ ، فَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ بَطَلَ ، وَإِنْ أَجَارَهُ صَحَّ ؛ لِحَدِيثِ

عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ ، أَنَّهُ بَاعَ مَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي بَيْعِهِ ، فَأَقْرَهُ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، وَدَعَا لَهُ ^(١) ،
وَلأنَّهُ تَصَرَّفَ لَهُ بِخَيْرٍ ، فَصَحَّ ، وَوَقَفَ عَلَى الْإِجَازَةِ ، كَالْوَصِيَّةِ بِالرَّائِدِ عَلَى الثَّلْثِ .
وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّهُ عَقَدَ عَلَى مَالٍ مَنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَ
مَالَ الصَّبِيِّ الْمُرَاهِقِ ، ثُمَّ بَلَغَ ، فَأَجَازَهُ ، وَلأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِحَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ : « لَا
تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » ^(٢) . يَعْنِي مَا لَا ^(٣) تَمْلِكُ . وَأَمَّا حَدِيثُ عُرْوَةَ فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَانَ
وَكِيلًا مُطْلَقًا ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ بَاعَ وَسَلَّمِ الْمَبِيعَ وَأَخَذَ ثَمَنَهُ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ جَائِزًا لِمَنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ
فِيهِ اتِّفَاقًا . وَمَتَى حَكَمْنَا بِطُلَانِ الْبَيْعِ ، فَاعْتَرَفَ لَهُ الْعَاقِدُ مَعَهُ بِطُلَانِ الْبَيْعِ ، أَوْ ثَبَتَ
ذَلِكَ بَيِّنَةً ، فَعَلِيهِ رَدُّ مَا أَخَذَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْتَرَفْ بِذَلِكَ ، وَلَا قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ الْعَاقِدُ ،
وَلَمْ يَلْزَمَهُ رَدُّ شَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ ^(٤) تَصَرَّفَ الْإِنْسَانُ ^(٥) لِنَفْسِهِ ، فَلَا يَصُدَّقُ عَلَى غَيْرِهِ
فِيمَا يُبْطِلُ عَقْدَهُ . وَإِنْ ادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛
لَمَّا ذَكَرْنَاهُ . وَلَوْ قَالَ الْمُشْتَرِي : إِنَّكَ بَعْتَ مَالَ غَيْرِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَنْكَرَ الْبَائِعُ ذَلِكَ .
وَقَالَ : بَلِ بَعْتُ مِلْكِي . أَوْ ^(٦) قَالَ : بَعْتُ ^(٧) مَالَ مُوَكَّلِي بِإِذْنِهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أَيْضًا . وَإِنْ
اتَّفَقَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي عَلَى مَا يُبْطِلُ الْبَيْعَ ، وَقَالَ الْمُوَكَّلُ : بَلِ الْبَيْعُ صَحِيحٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ
مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ رَدُّ مَا أَخَذَهُ مِنَ الْعَوَضِ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي أَنْ يَتَزَوَّجَ لَهُ امْرَأَةً ، فَتَزَوَّجَ لَهُ غَيْرَهَا ، أَوْ تَزَوَّجَ لَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ،
ظ ١٧٦/٤ فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ بِكُلِّ حَالٍ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ مَذْهَبُ / الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ
صِحَّةِ النِّكَاحِ ذِكْرَ الزَّوْجِ ، فَإِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَقَعْ لَهُ وَلَا لِلْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
أَعْيَانَ الزَّوْجَيْنِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةِ الْمُشْتَرِي لَهُ ،
فَأَفْتَرَقَا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، يَصِحُّ النِّكَاحُ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمُتَزَوِّجِ لَهُ ، فَإِنْ أَجَازَهُ

(١) تقدم تخريجه في : ٦ / ٢٩٥ .

(٢) في م : « لم » .

(٣-٣) في ب : « تصرفه » .

(٤-٤) سقط من : الأصل .

صَحَّ ، وَإِلَّا بَطَلَ . وهذا مذهبُ أبي حنيفة . والقولُ فيه كالقولِ في البيعِ ، على ما تقدَّم .

فصل : قال القاضي : إذا قال لِرَجُلٍ : اشترِ لِي^(٥) بِدَيْنِي عليك طَعَامًا . لم يَصِحَّ . ولو قال : اسْتَلِفْ^(٦) لِي أَلْفًا مِنْ مَالِكَ فِي كُرٍّ^(٧) طَعَامٍ . ففَعَلَ ، لم يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْإِنْسَانُ بِمَالِهِ مَا يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ . وإن قال : اشترِ لِي فِي ذِمَّتِكَ . أو قال : اسْتَلِفْ^(٦) لِي أَلْفًا فِي كُرٍّ طَعَامٍ^(٨) ، واقضِ الثَّمَنَ عَنِّي مِنْ مَالِكَ ، أو من الدَّيْنِ الَّذِي لِي عَلَيْكَ . صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ حَصَلَ الشَّرَاءُ لِلْمُوكَّلِ وَالثَّمَنُ عَلَيْهِ ، فَإِذَا قَضَاهُ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي عَلَيْهِ ، فَقَدْ دَفَعَ الدَّيْنَ إِلَى مَنْ أَمَرَهُ صَاحِبُ الدَّيْنِ بِدَفْعِهِ إِلَيْهِ ، وَإِنْ قَضَاهُ مِنْ مَالِهِ عَنْ دَيْنِ السَّلَفِ الَّذِي عَلَيْهِ ، صَارَ قَرْضًا عَلَيْهِ .

فصل : لَا يَمْلِكُ الْوَكِيلُ مِنَ التَّصَرُّفِ إِلَّا مَا يَقْتَضِيهِ إِذْنُ مُوَكَّلِهِ ، مِنْ جِهَةِ النُّطْقِ ، أو مِنْ جِهَةِ الْعُرْفِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفُهُ بِالْإِذْنِ ، فَاخْتَصَّ بِمَا أُذِنَ فِيهِ ، وَالْإِذْنُ يُعْرَفُ بِالنُّطْقِ تَارَةً وَبِالْعُرْفِ أُخْرَى . ولو وَكَّلَ رَجُلًا فِي التَّصَرُّفِ فِي زَمَنٍ مُقَيَّدٍ ، لم يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ إِذْنُهُ نُطْقًا^(٩) وَلَا عُرْفًا ؛ لَأَنَّهُ قَدْ يُؤْثِرُ التَّصَرُّفُ فِي زَمَنِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ ، وَهَذَا الْمَاعِينُ اللَّهُ تَعَالَى لِعِبَادَتِهِ وَقَتًا ، لم يُجْزِ تَقْدِيمُهَا عَلَيْهِ وَلَا تَأْخِيرُهَا عَنْهُ . فلو قال له : بَعْ ثَوْبِي غَدًا . لم يُجْزِ بَيْعُهُ الْيَوْمَ وَلَا بَعْدَ غَدٍ . وَإِنْ عَيَّنَ لَهُ الْمَكَانَ ، وَكَانَ يَتَعَلَّقُ بِهِ غَرَضٌ ، مِثْلُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِبَيْعِ ثَوْبِهِ فِي سُوقٍ ، وَكَانَ ذَلِكَ السُّوقُ مَعْرُوفًا بِجَوْدَةِ النَّقْدِ ، أو كَثْرَةِ الثَّمَنِ ، أو حِلِّهِ ، أو بِصَلَاحِ أَهْلِهِ ، أو بِمَوَدَّةِ بَيْنِ الْمُوكَّلِ وَبَيْنِهِمْ ، تَقْيِيدُ الْإِذْنِ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ قَدْ نَصَّ عَلَى أَمْرٍ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ ، فَلَمْ يُجْزِ تَفْوِئُهُ . وَإِنْ كَانَ هُوَ وَغَيْرُهُ سَوَاءً فِي الْغَرَضِ ، لم يَتَقْيَدِ الْإِذْنُ بِهِ ، وَجَازَ لَهُ الْبَيْعُ فِي غَيْرِهِ ؛ لِمُسَاوَاتِهِ

(٥) سقط من : م .

(٦) في م : تسلف .

(٧) الكر : أربعون إردبا .

(٨-٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(٩) في م : مطلقا .

الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ فِي الْغَرَضِ ، فَكَانَ تَنْصِيبُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا إِذْنًا فِي الْآخِرِ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ
 أَوْ اسْتَعَارَ أَرْضًا لِزِرَاعَةِ شَيْءٍ ، كَانَ إِذْنًا فِي زِرَاعَةِ مِثْلِهِ وَمَا ^(١٠) دُونَهُ ، وَلَوْ اكْتَرَى ^(١١)
 عَقَارًا كَانَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ مِثْلَهُ ، وَلَوْ نَذَرَ صَلَاةً أَوْ اعْتِكَافًا فِي مَسْجِدٍ ، جَازَ الْاِغْتِكَافُ
 وَالصَّلَاةُ فِي غَيْرِهِ . وَسَوَاءٌ قَدَّرَ لَهُ التَّمَنُّ أَوْ لَمْ يُقَدِّرْهُ . ^(١٢) وَإِنْ عَيَّنَ لَهُ الْمُشْتَرَى ، فَقَالَ :
 بَعُهُ فُلَانًا . لَمْ يَمْلِكْ بَيْعَهُ لغيره ، بغيرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ، سَوَاءٌ قَدَّرَ لَهُ التَّمَنُّ أَوْ لَمْ
 يُقَدِّرْهُ ^(١٣) ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي تَمْلِيكِه إِيَّاهُ دُونَ غَيْرِهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ الْوَكَيلُ بِغَيْرِيَّةٍ أَوْ
 صَرِيحٍ أَنَّهُ لَا غَرَضَ لَهُ فِي عَيْنِ الْمُشْتَرَى .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي عَقْدٍ فَاسِدٍ ، لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ ، وَلِأَنَّ
 الْمُوَكَّلَ لَا يَمْلِكُهُ ، فَالْوَكِيلُ أَوْلَى . وَلَا يَمْلِكُ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ .
 وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَمْلِكُ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُذِنَ / فِي الْفَاسِدِ ،
 فَالصَّحِيحُ أَوْلَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ أُذِنَ لَهُ فِي مُحَرَّمٍ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْحَلَالَ بِهَذَا الْإِذْنِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ
 فِي شِرَاءِ حُمْرٍ وَخَنَازِيرٍ ، لَمْ يَمْلِكِ شِرَاءَ الْخَيْلِ وَالْعَنَمِ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ أَوْ حَيَوَانٍ أَوْ عَقَارٍ وَنَحْوِهِ ، أَوْ شِرَائِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْعَقْدُ
 عَلَى بَعْضِهِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ تَنَاوَلَ جَمِيعَهُ ، وَفِي التَّبْعِيضِ إِضْرَارٌ بِالْمُوَكَّلِ وَتَشْقِيقٌ
 لِمِلْكِهِ ، وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ ^(١٣) فِيهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ أَوْ شِرَائِهِمْ ، مَلَكَ الْعَقْدُ عَلَيْهِمْ
^(١٤) جُمْلَةً ، وَوَاحِدًا ^(١٤) وَوَاحِدًا ، لِأَنَّ الْإِذْنَ يَتَنَاوَلُ الْعَقْدَ عَلَيْهِمْ جُمْلَةً ، وَالْعُرْفُ فِي بَيْعِهِمْ
 وَشِرَائِهِمْ الْعَقْدُ عَلَى وَاحِدٍ وَاحِدٍ ، وَلَا ضَرَرٌ فِي جَمْعِهِمْ وَلَا إِفْرَادِهِمْ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْ
 عَبْدًا صَفْقَةً وَاحِدَةً ، أَوْ وَاحِدًا وَاحِدًا ، أَوْ بَعْضَهُمْ . لَمْ تَجْزِ مُخَالَفَتُهُ ؛ لِأَنَّ تَنْصِيبَهُ عَلَى

(١٠) فِي م : « فَمَا » .

(١١) فِي م : « اشْتَرَى » .

(١٢-١٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب ، م .

(١٤-١٤) فِي : ١ ، ب ، م : « جُمْلَةً وَاحِدَةً وَوَاحِدًا وَوَاحِدًا » .

ذلك يَدُلُّ على غَرَضِهِ فِيهِ ، فلم يَتَنَاوَلْ إِذْنَهُ سِوَاهُ . وإن قال : اشْتَرَى عَبْدَيْنِ صَفَقَةً .
 فاشْتَرَى عَبْدَيْنِ لِاثْنَيْنِ مُشْتَرَكَيْنِ بَيْنَهُمَا ، من وَكَيْلِهِمَا ، أو من أَحَدِهِمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ ،
 جاز . وإن كان لكل واحد منهما عَبْدٌ مُفْرَدٌ ، فاشْتَرَاهَا من المَالِكَيْنِ ، بأن أَوْجَبَ له الْبَيْعُ
 فِيهِمَا ، وَقَبِلَ ذلك منهما بِلَفْظٍ واحدٍ ، فقال القاضى : لا يَلْزَمُ الْمُوَكَّلُ . وهو مذهبُ
 الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مع الْاِثْنَيْنِ عَقْدَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ هو
 الشَّرَاءُ ، وهو مُتَّحِدٌ ، وَالْعَرَضُ لا يَخْتَلِفُ . وإن اشْتَرَاهَا من وَكَيْلِهِمَا ، وَعَيَّنَ ثَمَنَ
 كُلِّ واحدٍ منهما ، مثل أن يقول : بِعْتُكَ^(١٥) هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ، هذا بمائة وهذا بمائتين .
 فقال : قَبِلْتُ . اخْتَمَلَ أَيْضًا وَجْهَيْنِ . وإن لم يُعَيِّنْ ثَمَنَ كُلِّ واحدٍ منهما ، لم يَصِحَّ الْبَيْعُ
 فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ ثَمَنَ كُلِّ واحدٍ منهما مَجْهُولٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ وَيُقَسَّطَ الثَّمَنُ
 على قَدْرِ قِيَمَتِهِمَا .

فصل : فإن دَفَعَ إليه دَرَاهِمَ ، وقال : اشْتَرَى بِهِ هَذِهِ عَبْدًا . كان له أن يَشْتَرِيَهُ بِعَيْنِهَا ،
 وفي الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّ الشَّرَاءَ يَقَعُ على هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، فإذا أَطْلَقَ الْوَكَّالَةَ ، كان له فِعْلُ مَا شَاءَ
 مِنْهُمَا . وإن قال : اشْتَرَى بِعَيْنِهَا . فاشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ ، ثم تَقَدَّاهَا ، لم يَلْزَمِ الْمُوَكَّلُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا
 تَعَيَّنَ الثَّمَنُ ، انْقَسَخَ الْعَقْدُ بِتَلْفِهِ ، أو كَوْنِهِ مَغْصُوبًا ، ولم يَلْزَمْهُ ثَمَنٌ فِي ذِمَّتِهِ ، وهذا
 غَرَضُ لِلْمُوَكَّلِ ، فلم تُجْزَ مُخَالَفَتُهُ ، وَيَقَعُ الشَّرَاءُ لِلْوَكِيلِ . وهل يَقِفُ على إِجَازَةِ
 الْمُوَكَّلِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وإن قال : اشْتَرَى لِي فِي ذِمَّتِكَ ، وانْقَدَ هذه الدَّرَاهِمُ ثَمَنًا .
 فاشْتَرَاهُ بِعَيْنِهَا ، فقال أصحابنا : يَلْزَمُ الْمُوَكَّلُ ؛ لِأَنَّهُ إِذْنٌ لَهُ فِي عَقْدٍ يَلْزَمُهُ بِهِ الثَّمَنُ مع
 بَقَاءِ الدَّرَاهِمِ وَتَلْفِهَا ، فكان إِذْنًا فِي عَقْدٍ^(١٦) لا يَلْزَمُهُ الثَّمَنُ إِلَّا مع بَقَائِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا
 يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ قد يَكُونُ له غَرَضٌ فِي الشَّرَاءِ بغير عَيْنِهَا ، لكَوْنِهَا فيها شُبْهَةً لا يَجِبُ أَنْ
 يَشْتَرَى بها ، أو يَجِبُ وَقُوعُ الْعَقْدِ على وَجْهِه لا يَنْفَسِخُ بِتَلْفِهَا ، ولا يَبْطُلُ بِتَحْرِيمِهَا ،
 وهذا غَرَضٌ صَحِيحٌ ، فلا يَجُوزُ تَقْوِيَتُهُ عَلَيْهِ ، كما لم يَجُزْ تَقْوِيَتُ غَرَضِهِ فِي الصُّورَةِ

(١٥) في الأصل زيادة : ثَمَنٌ .

(١٦) في م : عَبْدٌ .

الأولى . ومذهب الشافعي في هذا كله كنعو ما ذكرناه .

فصل : وإن عيّن له الشراء بنقيد أو حالاً ، لم تجز مخالفته . وإن اذن له / في النسيئة ١٧٧/٤ والبيع بأي نقد شاء ، جاز . وإن أطلق ، لم يبيع إلا حالاً بنقيد البلد ؛ لأن الأصل في البيع الحول ، وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد ، ولهذا لو باع عبده بعشرة دراهم وأطلق ، حيل على الحول بنقيد البلد . وإن كان في البلد نقدان ، باع بأغلبهما ، فإن تساوى ، باع بما شاء منهما . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة وصاحبه : له البيع نساء ؛ لأنه معتاد فأشبهه الحال . ويتخرج لنا ^(١٧) مثل ذلك ^(١٧) بناءً على الرواية في المضارب ، وقد ذكرناها . والأول أولى ؛ لأنه لو أطلق البيع حيل على الحول ، فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه ، ولا تسلم تساوى العادة فيهما ، فإن بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين ؛ أحدهما ، أن المقصود من المضاربة الربح ، لا دفع الحاجة بالثمن في الحال ، وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن . والثاني ، أن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب ، فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه ، وههنا بخلافه ، فلا يرضى به الموكل ، ولأن الضرر في توى الثمن ^(١٨) على المضارب ، لأنه يحسب من الربح ، لكون الربح وقاية لرأس المال ، وههنا يعود على الموكل ، فانقطع الإلحاق .

فصل : إذا وكله في بيع سلعة نسيئة ، فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة ، أو بدون ما عينه له ، لم ينفذ بيعه ؛ لأنه مخالف لموكله ، لأنه رضى بثمن النسيئة دون النقد . وإن باعها نقداً بما تساوى نسيئة ، أو عيّن له ثمنها فباعها به نقداً ، فقال القاضي : يصح ؛ لأنه زاده خيراً ، فكان مأذوناً فيه عرفاً ، فأشبه ما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر منها . ويحتمل أن ينظر فيه ، فإن لم يكن له غرض في النسيئة صح ، وإن كان فيها

(١٧-١٧) في ١ ، ب : « مثله » .

(١٨) توى الثمن : هلاكه .

غَرَضٌ ، نحو أن يكون الثمن ممَّا يُسْتَضَرُّ بحفظه في الحال ، أو يُخَافُ عليه من التَّلَفِ أو المتعلَّين ، أو يَتَغَيَّرُ عن حاله إلى وَقْتِ الحُلُولِ ، فهو كَمَنْ لم يُؤدِّنْ له ؛ لأنَّ حُكْمَ الحُلُولِ^(١٩) لا يَتَنَاوَلُ الْمَسْكُوتَ عنه إلَّا إذا عُلِمَ أنه في المَصْلَحَةِ ، كَالْمَنْطُوقِ أو أَكْثَرُ ، فيكون الحُكْمُ فيه ثَابِتًا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ أو المُمَاطِلَةِ ، ومتى كان في المنطوق به غَرَضٌ مُخْتَصٌّ به لم يَجْزُ تَقْوِيَتُهُ ، ولا ثُبُوتُ الحُكْمِ في غيره . وقد ذَكَرَ القَاضِي نحو هذا في مَوْضِعٍ آخَرَ .

فصل : وإن وَكَّلَهُ في الشَّرَاءِ بِثَمَنِ نَقْدًا ، فاشْتَرَاهُ نَسِيئَةً بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَمَنِ النَّقْدِ ، لم يَقَعْ لِلْمُوكِّلِ . وإن اشْتَرَاهُ نَسِيئَةً بِثَمَنِ نَقْدًا ، أو بما عَيْنُهُ له ، فهي كالتى قَبْلَهَا . وَيَصِحُّ لِلْمُوكِّلِ في قول القَاضِي . وعلى ما ذَكَرْنَا يُنْظَرُ في ذلك ؛ فإن كان فيه ضَرَرٌ ، نحو أن يَسْتَضِيرَّ بِبَقَاءِ الثَمَنِ معه ونحو ذلك ، لم يَجْزُ ، كَقَوْلِنَا في التى قَبْلَهَا . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ في صِحَّةِ الشَّرَاءِ وَجْهَانِ .

فصل : وليس له أن يَبِيعَ بَدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو دون ما قَدَّرَهُ له ، ولا يَشْتَرِيَ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو أَكْثَرَ مما قَدَّرَ له . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : إذا أَطْلَقَ الْوَكَّالَةَ في الْبَيْعِ ، فله الْبَيْعُ بِأَيِّ ثَمَنِ كان ؛ لأنَّ لَفْظَهُ في الإِذْنِ مُطْلَقٌ ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ على إِطْلَاقِهِ . ولَنَا ، أَنَّهُ تَوْكِيلٌ مُطْلَقٌ في عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فاقْتَضَى ثَمَنَ المِثْلِ ، كَالشَّرَاءِ ، فَإِنَّهُ وَافَقَ عَلَيْهِ ، وما ذَكَرَهُ^(٢٠) يَنْتَقِضُ / بِالشَّرَاءِ . فإن باعَ بِأَقْلَ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو اشْتَرَى بِأَكْثَرٍ مِنْهُ ممَّا لَا يَتَعَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، أو باعَ بَدُونِ ما قَدَّرَ^(٢١) له ، أو اشْتَرَى بِأَكْثَرٍ مِنْهُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لم يُؤدِّنْ له في الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ . وعن أحمدَ أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ دُونَ الشَّرَاءِ ، وَيُضْمَنُ الْوَكِيلُ النِّقْصَ ؛ لأنَّ مَنْ صَحَّ بَيْعُهُ بِثَمَنِ المِثْلِ ، صَحَّ بَدُونِهِ ، كَالْمَرِيضِ . فعلى هذه الرِّوَايَةِ يَكُونُ الْبَيْعُ صَحِيحًا ،

(١٩) في ١ ، ب : « الإذن » .

(٢٠) في ب : « ذكره » خطأ .

(٢١) في ١ ، ب ، م : « قدره » .

وعلى الوكيل ضمان النقص ، وفي قدره وجهان ؛ أحدهما ، ما بين ثمن المثل وما باعه^(٢٢) به . والثاني ، ما بين ما يتعابن الناس به ، وما لا يتعابن الناس به ؛ لأن ما يتعابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه . والأول أقس ؛ لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع ، فأشبهه ببيع الأجنبي . ولو أذن له في البيع ، لم يكن عليه ضمان ، فأشبهه الشراء . وكل تصرف كان الوكيل مخالفا فيه لموكله ، فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبي ، على ما نذكر^(٢٣) في موضعه إن شاء الله . وأما ما يتعابن الناس به عادة ، فمفقو عنه إذا لم يكن الموكل قدّر له الثمن ؛ لأن ما يتعابن الناس به يعدّ ثمن^(٢٤) المثل ، ولا يمكن التحرز عنه . ولو حضر من يزيد على ثمن المثل ، لم يجز أن يبيع بثمن المثل ؛ لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله . وإن باع بثمن المثل ، فحضر من يزيد في مدة الخيار ، لم يلزمه فسخ العقد ، في الصحيح ؛ لأن الزيادة ممنوع منها ، منهي عنها ، فلا يلزم الرجوع إليها ، ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة ، فلا يلزم الفسخ بالشك . ويحتمل أن يلزمه ذلك ؛ لأنها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها ، فأشبهه ما لو جاء^(٢٥) به قبل البيع ، والنهي يتوجه إلى الذي زاد إلى الوكيل ، فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد^(٢٦) الاتفاق عليه .

فصل : ومن وكل في بيع عبد بمائة ، فباعه بأكثر منها ، صح ، سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة ؛ لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره ، وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به ، أو من غير جنسه ، مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم ، فيبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب . وقال أصحاب^(٢٧) الشافعي : لا يصح بيعه بمائة وثوب ، في

(٢٢) في ب : « باع » .

(٢٣) في الأصل ، ا ، م : « ذكر » .

(٢٤) في ب : « بثمن » .

(٢٥) في م : « أجاز » .

(٢٦) في ا ، ب : « بعد » بدون الواو .

(٢٧) في م زيادة : « غير » خطأ .

أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ غَيْرِ^(٢٨) جِنْسِ الْأَثْمَانِ^(٢٩) . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ تُنْفَعُهُ وَلَا تَضُرُّهُ ، أَشْبَهَ مَالُو بَاعَهُ بِمَائَةِ دِينَارٍ ، وَلَئِنْ الْإِذْنَ فِي بَيْعِهِ بِمَائَةٍ ، إِذْنٌ فِي بَيْعِهِ بِزِيَادَةٍ عَلَيْهَا عُرْفًا ، لِأَنَّ مَنْ رَضِيَ بِمَائَةٍ لَا يَكْرَهُ أَنْ يَزَادَ عَلَيْهَا ثَوْبٌ يَنْفَعُهُ وَلَا يَضُرُّهُ . وَإِنْ بَاعَهُ بِمَائَةِ دِينَارٍ ، أَوْ يَتَسَعِينَ دِرْهَمًا وَعَشْرَةَ دَنَانِيرَ ، وَأَشْبَاهَ^(٣٠) ذَلِكَ ، أَوْ بِمَائَةِ ثَوْبٍ ، أَوْ بِثَمَانِينَ دِرْهَمًا وَعِشْرِينَ ثَوْبًا ، لَمْ يَصِحَّ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ مُوَكَّلَهُ فِي الْجِنْسِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو بَاعَهُ بِثَوْبٍ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ مَائَةِ دِرْهَمٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ فِيمَا إِذَا جَعَلَ مَكَانَ الدَّرَاهِمِ دَنَانِيرَ ، أَوْ مَكَانَ بَعْضِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَا ذُوْنُ فِيهِ عُرْفًا ، فَإِنْ مَنْ رَضِيَ بِدِرْهَمٍ رَضِيَ مَكَانَهُ بِدِينَارٍ ، فَجَرَى مَجْرَى بَيْعِهِ بِمَائَةِ دِرْهَمٍ وَدِينَارٍ . وَأَمَّا الثِّيَابُ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْأَثْمَانِ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ بِمَائَةٍ ، فَبَاعَ نِصْفَهُ بِهَا ، أَوْ وَكَّلَهُ مُطْلَقًا ، فَبَاعَ نِصْفَهُ بِثَمَنِ الْكُلِّ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَا ذُوْنُ فِيهِ مِنْ جِهَةِ الْعُرْفِ ، فَإِنْ مَنْ رَضِيَ مَائَةً^(٣١) ثَمَنًا لِلْكُلِّ ، رَضِيَ بِهَا ثَمَنًا لِلنِّصْفِ ، وَلَئِنَّهُ حَصَلَ لَهُ الْمَائَةُ وَأَبْقَى لَهُ زِيَادَةٌ تُنْفَعُهُ وَلَا تَضُرُّهُ . وَلَوْ بَيْعَ النِّصْفِ الْآخَرَ ؛ لِأَنَّهُ مَا ذُوْنُ فِي بَيْعِهِ ، فَأَشْبَهَ / مَالُو بَاعَ الْعَبْدَ كُلَّهُ بِثَمَنِي^(٣٢) ثَمَنِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَجُوزَ لَهُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ حَصَلَ لِلْمُوكِّلِ غَرَضُهُ مِنَ الثَّمَنِ بِبَيْعِ نِصْفِهِ ، فَرُبَّمَا لَا يُؤْثِرُ بَيْعَ بَاقِيهِ ، لِلْغِنَى عَنْ بَيْعِهِ بِمَا حَصَلَ لَهُ مِنْ ثَمَنِ نِصْفِهِ . وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِي تَوْكِيلِهِ فِي بَيْعِ عَبْدَيْنِ بِمَائَةٍ ، إِذَا بَاعَ أَحَدَهُمَا بِهَا ، صَحَّ . وَهَلْ يَكُونُ لَهُ بَيْعُ الْعَبْدِ الْآخَرَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ بِمَائَةٍ ، فَبَاعَ بَعْضَهُ بِأَقْلٍ مِنْهَا ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ وَكَّلَهُ مُطْلَقًا ، فَبَاعَ بَعْضَهُ بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِ الْكُلِّ ، لَمْ يَجُزْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو يُونُسَ ،

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) الرد التالى كله حتى نهاية الفصل لم يرد فى الأصل .

(٣٠) فى ١ : « أو أشباهه » .

(٣١) فى ١ : « بمائة » .

(٣٢) فى ١ : « بمثل » .

ومحمد . وقال أبو حنيفة : يجوز فيما إذا أطلق الوكالة . بناءً على أصله في أن للوكيل المطلق البيع بما شاء . ولنا ، أن على الموكل ضرراً في تبغيضه ، ولم يوجد الإذن فيه نطقاً ولا عرفاً ، فلم يجوز ، كما لو وكله في شراء عبد ، فاشتري نصفه .

فصل : وإن وكله في شراء عبد بعينه بمائة ، فاشترأه بخمسين ، أو بمادون المائة ، صح ، ولم الموكل ؛ لأنه مأذون فيه من جهة العرف . وإن قال : لا تشتريه بأقل من مائة ، فخالفه ، لم يجوز ؛ لأنه خالف نصه^(٣٣) ، وصريح قوله مقدم على دلالة العرف . فإن قال : اشتره بمائة ، ولا تشتريه بخمسين . جاز له شراؤه بما فوق الخمسين ؛ لأن إذنه في الشراء بمائة دلّ عرفاً على الشراء بما دونها ، خرج منه الخمسون بصريح التهي ، بقى فيما^(٣٤) فوقها على مقتضى الإذن . وإن اشترأه بأقل من الخمسين ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يجوز ؛ لذلك ، ولأنه لم يخالف صريح تهيه ، أشبه ما زاد على الخمسين . والثاني ، لا يجوز ؛ لأنه نهاه عن الخمسين استقلاً لها . فكان تنبيهها على التهي عما هو أقل منها ، كما أن الإذن في الشراء بمائة إذن فيما دونها ، فجرى ذلك مجرى صريح تهيه ، فإن تنبيه الكلام كنص . وإن قال : اشتره بمائة دينار . فاشترأه بمائة درهم . فالحكم فيه كما لو قال : بعه بمائة درهم ، فباعه بمائة دينار ، على ما مضى من القول فيه . وإن قال : اشتر لي نصفه بمائة . فاشترأه كله أو أكثر من نصفه بمائة ، جاز ؛ لأنه مأذون فيه عرفاً . وإن قال : اشتر لي نصفه بمائة ، ولا تشتريه جميعه ، فاشتري أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة ، صح ، في قياس المسألة التي قبلها ، لكون دلالة العرف قاضية بالإذن في شراء كل ما زاد على النصف ، خرج الجميع بصريح تهيه ، ففيما عداه يبقى على مقتضى الإذن .

فصل : وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة ، فاشترأه على الصفة بدونها ،

(٣٣) في م : « نصفه » . خطأ .

(٣٤) في ب : « ما » .

جَارَ ؛ لَأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ عُرْفًا . وَإِنْ خَالَفَهُ^(٣٥) فِي الصَّفَةِ ، أَوْ اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرِ مِنْهَا ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُوَكَّلُ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْ لِي عَبْدًا بِمِائَةِ فَاشْتَرَيْ عَبْدًا يُسَاوِي مِائَةَ بَدُونِهَا ، جَارَ ؛ لَأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَاهُ بِمِائَةِ جَارَ ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ بِدُونِهَا فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا ، فَيَجُوزُ . وَإِنْ كَانَ لَا يُسَاوِي مِائَةَ ، لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ كَانَ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِمَّا اشْتَرَاهُ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَهُ ، وَلَمْ يُحْصَلْ غَرْضُهُ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَاةٍ بِدَيْنَارٍ ، فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ تُسَاوِي كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَقْلَ مِنْ دَيْنَارٍ . لَمْ يَقَعْ الْبَيْعُ^(٣٦) لِلْمُوَكَّلِ . وَإِنْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تُسَاوِي دَيْنَارًا . أَوْ إِحْدَاهُمَا تُسَاوِي / دَيْنَارًا وَالْأُخْرَى أَقْلَ مِنْ دَيْنَارٍ ، صَحَّ ، وَلَزِمَ الْمُوَكَّلُ . وَهَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَقَعُ لِلْمُوَكَّلِ إِحْدَى الشَّاتَيْنِ بِنَصْفِ دَيْنَارٍ ، وَالْأُخْرَى لِلْوَكِيلِ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ إِلَّا بِالزَّامَةِ عُهْدَةً شَاةٍ وَاحِدَةٍ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى عُرْوَةَ بْنَ الْجَعْدِ دَيْنَارًا ، فَقَالَ : « اشْتَرِ لَنَا بِهِ شَاةً » . قَالَ : فَأَتَيْتُ الْجَلْبَ ، فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدَيْنَارٍ ، فَجِئْتُ أَسْؤِفُهُمَا ، أَوْ أَقْوَدُهُمَا ، فَلَقَيْتَنِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ ، فَسَأَوْنِي ، فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بِدَيْنَارٍ ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ بِالْدَيْنَارِ وَالشَّاةِ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، هَذَا دَيْنَارُكُمْ ، وَهَذِهِ شَاتُكُمْ . قَالَ : « وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ » فَحَدَّثْتُهُ الْحَدِيثَ ، قَالَ : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ »^(٣٧) . وَلَأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ الْمَأْذُونُ فِيهِ وَزِيَادَةُ مَنْ جِنْسِهِ تَنْفَعُ وَلَا تَضُرُّ ، فَوَقَعَ ذَلِكَ لَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ^(٣٨) : بَعُهُ بِدَيْنَارٍ . فَبَاعَهُ بِدَيْنَارَيْنِ ، وَمَا ذَكَرَهُ يُبْطَلُ بِالْبَيْعِ . فَإِنْ بَاعَ الْوَكِيلُ إِحْدَى الشَّاتَيْنِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْبَيْعُ بَاطِلٌ ؛ لَأَنَّهُ بَاعَ مَالَ مُوَكَّلِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ^(٣٩) ، فَلَمْ يَجُزْ ،

(٣٥) فِي ١ : « خَالَفَ » .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٧) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي ٦ : ٢٩٥ .

(٣٨) فِي ١ ، مِ زِيَادَةِ : « لَهُ » .

(٣٩) فِي ب : « إِذْنُهُ » .

كَبَيْعِ الشَّائِنَيْنِ . والثاني ، إن كانت الباقية تُساوي دينارًا جاز ، لِحَدِيثِ عُرْوَةَ ^(٤٠) بن الجَعْدِ ^(٤١) البَارِقِيّ ، ولأنّه حَصَلَ لَهُ الْمَقْصُودُ ، وَالزِّيَادَةُ لَوْ كَانَتْ غَيْرَ الشَّائِنَةِ جَازَ ، فَجَازَ لَهُ إِبْدَالُهَا بِغَيْرِهَا . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ صِحَّةُ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ بِحَدِيثِ عُرْوَةَ وَذَهَبَ إِلَيْهِ . وَإِذَا قُلْنَا : لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ الشَّائِنَةِ . فَبَاعَهَا ، فَهَلْ يَقَعُ الْبَيْعُ بَاطِلًا أَوْ صَحِيحًا مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَةِ الْمُوَكَّلِ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ . وَهَذَا أَصْلٌ لِكُلِّ مَنْ تَصَرَّفَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَوَكِيلٍ خَالَفَ ^(٤٢) مُوَكَّلَهُ ، هَلْ يَقَعُ بَاطِلًا أَوْ يَصِحُّ وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ هُهْنَا وَجُهَانِ .

فصل : وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ سِلْعَةٍ مَوْصُوفَةٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْتَرِيَهَا إِلَّا سَلِيمَةً ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْبَيْعِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ ، وَلِذَلِكَ جَازَ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ . فَإِنْ اشْتَرَى مَعِيًّا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُوَكَّلُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى غَيْرَ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ ، صَحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ شِرَاءُ الصَّحِيحِ فِي الظَّاهِرِ ، لِعَجْزِهِ عَنِ التَّحَرُّزِ عَنْ شِرَاءِ مَعِيْبٍ لَا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، فَإِذَا عَلِمَ عَيْبَهُ مَلَكَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ فِي الشِّرَاءِ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ ، وَلِلْمُوَكَّلِ رَدُّهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَهُ ، فَإِنْ حَضَرَ قَبْلَ رَدِّ الْوَكِيلِ ، وَرَضِيَ بِالْعَيْبِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، بِخِلَافِ الْمُضَارِبِ ، فَإِنَّ لَهُ الرَّدَّ وَإِنْ رَضِيَ رَبُّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فَلَا يَسْقُطُ بِرِضَا غَيْرِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، فَأَرَادَ الْوَكِيلُ الرَّدَّ ، فَقَالَ لَهُ الْبَائِعُ : تَوَقَّفْ حَتَّى يَحْضُرَ الْمُوَكَّلُ ، فَرُبَّمَا رَضِيَ بِالْعَيْبِ . لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ فَوَاتَ الرَّدِّ لِهَرَبِ الْبَائِعِ ، وَفَوَاتِ الثَّمَنِ بِتَلَفِهِ ، وَإِنْ أَخَّرَهُ بِنَاءً عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، فَلَمْ يَرْضَ بِهِ الْمُوَكَّلُ ، لَمْ يَسْقُطْ رَدُّهُ . وَإِنْ قُلْنَا : الرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَّرَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ فِيهِ . وَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ : مُوَكَّلُكَ قَدْ عَلِمَ الْعَيْبَ فَرَضِيئُهُ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بَيِّنَةٍ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ لَمْ يُسْتَحْلَفِ الْوَكِيلُ ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ عِلْمَهُ ، فَيَحْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ . وَهَذَا/ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يُسْتَحْلَفُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ كَانَ نَائِبًا فِي الْيَمِينِ ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ لَا نِيَابَةَ هُهْنَا ،

(٤٠-٤١) سقط من : الأصل .

(٤١) في ا ، ب ، م : « يخالف » .

وإنما يَخْلِفُ عَلَى نَفْيِ عِلْمِهِ ، وهذا لَا يَتَوَبُّ فِيهِ عَنْ أَحَدٍ . فَإِنْ رَدَّ الْوَكَيلُ ، وَحَضَرَ الْمُوَكَّلُ ، وَقَالَ : بَلَّغْنِي الْعَيْبُ ، وَرَضِيْتُ بِهِ . فَصَدَّقَهُ^(٤٢) الْبَائِعُ ، أَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ ، لَمْ يَفْعَ الرَّدُّ مَوْقِعَهُ ، وَكَانَ لِلْمُوَكَّلِ اسْتِرْجَاعُهُ ، وَلِلْبَائِعِ رَدُّهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ رِضَاهُ بِهِ عَزَلَ الْوَكَيلَ عَنِ الرَّدِّ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ عَلِمَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ : إِنَّ الْوَكَيلَ لَا يَنْعَزِلُ حَتَّى يَعْلَمَ الْعَزْلَ . وَإِنْ رَضِيَ الْوَكَيلُ الْعَيْبَ^(٤٣) ، أَوْ أَمْسَكَهُ إِمْسَاكًا يَنْقَطِعُ بِهِ الرَّدُّ ، فَحَضَرَ الْمُوَكَّلُ ، فَأَرَادَ الرَّدَّ ، فَلَهُ ذَلِكَ إِنْ صَدَّقَهُ الْبَائِعُ أَنَّ الشِّرَاءَ لَهُ ، أَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ . وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ تَكُنْ بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَحَلَفَ^(٤٤) الْبَائِعُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ الشِّرَاءَ لَهُ ، فَلَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا فَهُوَ لَهُ ، وَيُلْزَمُ الْوَكَيلُ ، وَعَلَيْهِ غَرَامَةُ الثَّمَنِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْوَكَيلِ شِرَاءُ الْمَعِيبِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكُّلَ فِي الْبَيْعِ مُطْلَقًا^(٤٥) يُدْخِلُ الْمَعِيبَ^(٤٦) فِي إِطْلَاقِهِ ، وَلِأَنَّهُ أَمِينُهُ فِي الشِّرَاءِ ، فَجَازَ لَهُ شِرَاءُ الْمَعِيبِ ، كَالْمُضَارِبِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْبَيْعَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي الصَّحِيحَ دُونَ الْمَعِيبِ ، فَكَذَلِكَ الْوَكَالَةُ فِيهِ ، وَيُفَارِقُ الْمُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمَقْصُودَ فِيهَا الرِّبْحُ ، وَالرِّبْحُ يَحْصُلُ مِنَ السَّعِيبِ كَحُصُولِهِ مِنَ الصَّحِيحِ ، وَالْمَقْصُودُ مِنَ الْوَكَالَةِ شِرَاءُ مَا يَقْتَنِي أَوْ يَدْفَعُ بِهِ حَاجَتَهُ ، وَقَدْ يَكُونُ الْعَيْبُ مَانِعًا مِنْ قَضَاءِ الْحَاجَةِ بِهِ وَمِنْ قُنَيْتِهِ ، فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ . وَقَدْ نَاقَضَ أَبُو حَنِيفَةَ أَصْلَهُ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾^(٤٦) : لَا تَجُوزُ الْعَمِيَاءُ وَلَا مَعِيَّةٌ عَيْنًا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ . وَقَالَ هُنَا : يَجُوزُ لِلْوَكَيلِ شِرَاءُ الْأَعْمَى وَالْمُقْعَدِ وَمَقْطُوعِ الْيَدَيْنِ وَالرُّجْلَيْنِ .

فصل : وَإِنْ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ سِلْعَةٍ بَعَيْنِهَا ، فَاشْتَرَاهَا ، فَوَجَدَهَا مَعِيَّةً ، اخْتَمَلَ أَنْ لَهُ

(٤٢) فِي ب ، م : « صدقه » .

(٤٣) فِي م : « المعيب » .

(٤٤) فِي ب ، م : « فحلّفه » .

(٤٥-٤٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤٦) سُورَةُ الْمَجَادَلَةِ ٣ .

الرَّدُّ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ مَوْصُوفَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ قَطَعَ نَظَرَهُ بِالتَّعْيِينِ ، فَرَبَّمَا رَضِيَهُ عَلَى جَمِيعِ صِفَاتِهِ . وَإِنْ عَلِمَ عَيْبُهُ قَبْلَ شِرَائِهِ ، فَهَلْ لَهُ شِرَاؤُهُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ أَيْضًا ، مَبْنِيَّينِ عَلَى رَدِّهِ إِذَا عَلِمَ عَيْبَهُ بَعْدَ شِرَائِهِ . إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ رَدُّهُ . فَلَيْسَ لَهُ شِرَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ إِذَا جَازَ بِهِ الرَّدُّ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلَا يَمْنَعُ مِنَ الشِّرَاءِ أَوَّلَى . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ الرَّدُّ ثُمَّ . فَلهُ الشِّرَاءُ هَهُنَا ؛ لِأَنَّ تَعْيِينَ الْمُوَكَّلِ قَطَعَ نَظَرَهُ وَاجْتِهَادَهُ فِي جَوَازِ الرَّدِّ ، فَكَذَلِكَ فِي الشِّرَاءِ .

فصل : وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه ، انتقل الملك من البائع إلى الموكل ، ولم يدخل في ملك الوكيل . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يدخل في ملك الوكيل ، ثم ينتقل إلى الموكل ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِهِ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ ، وَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَى الْمُوَكَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَبْلَ عَقْدٍ غَيْرِهِ صَحَّ لَهُ ، فَجَبَّ أَنْ يَنْتَقِلَ الْمَلِكُ إِلَيْهِ ، كَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ ؛ / وَكَأَنَّ (٤٧) لَوْ تَزَوَّجَ لَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِهِ . غَيْرُ مُسَلِّمٍ . وَيَتَفَرَّغُ عَنْ هَذَا أَنَّ الْمُسْلِمَ لَوْ وَكَّلَ ذِمِّيًّا فِي شِرَاءِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ، فَاشْتَرَاهُ لَهُ ، لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ ، وَيَقَعُ لِلذَّمِيِّ ؛ لِأَنَّ الْخَمْرَ مَالٌ لَهُمْ ، لِأَنَّهُمْ يَتَمَوَّلُونَهَا وَيَتَبَايَعُونَهَا ، فَصَحَّ (٤٨) تَوَكُّلُهُمْ فِيهَا كَسَائِرِ أُمُورِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ مَا لَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ فِيهِ ، كَتَزْوُجِ (٤٩) الْمَجُوسِيَّةِ . وَهَذَا خَالَفَ سَائِرَ أُمُورِهِمْ . وَإِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ بِثَمَنِ مُعَيَّنٍ ، ثَبَتَ الْمَلِكُ لِلْمُوَكَّلِ فِي الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَبِيعِ . وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ فِي الذِّمَّةِ ، فَلِلْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ الْمُطَالَبَةُ بِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لِلْمُوَكَّلِ الْمُطَالَبَةُ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ ذَوْنَهُ ، وَهَذَا يَتَعَلَّقُ مَجْلِسُ الصَّرْفِ وَالْخِيَارِ بِهِ دُونَ مُوَكَّلِهِ ، فَكَذَلِكَ الْقَبْضُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا دَيْنٌ لِلْمُوَكَّلِ يَصِحُّ قَبْضُهُ لَهُ ، فَمَلَكَ

(٤٧) سقطت الواو من : الأصل .

(٤٨) في ب : « فيصح » .

(٤٩) في ا ، ب ، م : « كتزويج » .

المُطَالَبَةُ بِهِ ، كَسَائِرِ دُيُونِهِ الَّتِي وَكَّلَ فِيهَا ، وَيُفَارِقُ مَجْلِسَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ شُرُوطِ الْعَقْدِ ، فَتَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ ، كَالِإِجَابِ وَالْقَبُولِ . وَأَمَّا الثَّمَنُ فَهُوَ حَقٌّ لِلْمُوكِّلِ وَمَالٌ مِنْ أَمْوَالِهِ ^(٥٠) ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِهِ . وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِهِ ، وَإِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِالْمُوكِّلِ ، وَهِيَ تَسْلِيمُ الثَّمَنِ ، وَقَبْضُ الْمَبِيعِ ، وَالرُّدُّ بِالْعَيْبِ ، وَضَمَانُ الدَّرَكِ . فَأَمَّا ثَمَنُ مَا اشْتَرَاهُ إِذَا كَانَ فِي الذِّمَّةِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ فِي ذِمَّةِ الْمُوكِّلِ أَصْلًا ، وَفِي ذِمَّةِ الْوَكِيلِ تَبَعًا ، كَالضَّامِنِ ، وَلِلْبَائِعِ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ أَتَى الْوَكِيلَ لَمْ يَبْرَأِ الْمُوكِّلُ ، وَإِنْ أَتَى الْوَكِيلَ بَرَأَ الْوَكِيلُ أَيْضًا ، كَالضَّامِنِ وَالْمَضْمُونِ عَنْهُ سَوَاءً . وَإِنْ دَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْبَائِعِ ، فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا ، فَرَدَّهُ عَلَى الْوَكِيلِ ، كَانَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ . إِنْ تَلَفَ ^(٥١) فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُوكِّلِ . وَلَوْ وَكَّلَ رَجُلًا يَتَسَلَّفُ لَهُ أَلْفًا فِي كُرِّ حِنْطَةٍ ، فَفَعَلَ ، مَلَكَ الْمُوكِّلُ ثَمَنَهَا ، وَالْوَكِيلُ ضَامِنٌ عَنْ مُوَكَّلِهِ ، كَمَا تَقَدَّمَ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّا : إِذَا دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ ثَوْبًا لِيَبِيعَهُ ، فَفَعَلَ ، فَوَهَبَ لَهُ الْمُشْتَرِي مَنَدِيلًا ، فَالْمَنَدِيلُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ . إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّ هَبَةَ الْمَنَدِيلِ سَبَبُهَا الْبَيْعُ ، فَكَانَ الْمَنَدِيلُ زِيَادَةً فِي الثَّمَنِ ، وَالزِّيَادَةُ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ تُلْحَقُ بِهِ .

فصل : فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْوَكَالَةِ ، إِذَا ادَّعَى الْوَكَالَةَ ، وَأَقَامَ شَاهِدًا وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا فِيهَا ^(٥٢) رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُثَبِّتُ ^(٥٣) بِذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الْوَكَالَةُ بِمَالٍ ؛ فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي الرَّجُلِ يُوكِّلُ ، وَيُشْهَدُ عَلَى نَفْسِهِ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ ، إِذَا كَانَتْ الْمُطَالَبَةُ بِدَيْنٍ ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ فَلَا . وَالثَّانِيَةِ ، لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ . نَقَلَهَا الْخِرَقِيُّ بِقَوْلِهِ : وَلَا تُقْبَلُ فِي مَا سِوَى / الْأَمْوَالِ مِمَّا ^(٥٤) يَطْلُعُ

١٨٠/٤ ظ

(٥٠) فِي الْأَصْلِ : « مَالُهُ » .

(٥١) فِي الْأَصْلِ : « تَلَفَ » .

(٥٢) فِي ب : « فِيهِ » .

(٥٣) فِي ب زِيَادَةٌ : « الْوَكَالَةُ » .

(٥٤) فِي ب : « وَمَا » .

عليه الرِّجَالُ لَأَقْلَ^(٥٥) من رَجُلَيْنِ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الوَكَّالَةَ إِنْبَاتٌ لِلتَّصَرُّفِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ كَالرَّوَايَةِ الْأُولَى ؛ لأنَّ الوَكَّالَةَ فِي الْمَالِ يُقْصَدُ بِهَا الْمَالُ ،
فَتَقَبَّلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرَّجُلِ^(٥٦) ، كَالْبَيْعِ وَالْقَرْضِ . فَإِنْ شَهِدَا بَوَكَالَتِهِ ، ثُمَّ قَالَ
أَحَدُهُمَا : قَدْ عَزَلَهُ . لَمْ تَثْبُتْ وَكَالَتُهُ بِذَلِكَ^(٥٧) ؛ لأنَّ أَحَدَهُمَا لَمْ تَثْبُتْ وَكَالَتُهُ بِذَلِكَ .
وَأِنْ كَانَ الشَّاهِدُ بِالْعَزْلِ رَجُلًا غَيْرَهُمَا ، لَمْ يَثْبُتِ الْعَزْلُ بِشَهَادَتِهِ وَحْدَهُ ؛ لأنَّ الْعَزْلَ لَا
يَثْبُتُ إِلَّا بِمَا يَثْبُتُ بِهِ التَّوَكُّيلُ . وَمَتَى عَادَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ بِالتَّوَكُّيلِ ، فَقَالَ : قَدْ عَزَلَهُ . لَمْ
يُحْكَمْ بِشَهَادَتَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ عَنِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا . فَلَا يَجُوزُ لِلْحَاكِمِ
الْحُكْمُ بِمَارَجَعَ عَنْهُ الشَّاهِدُ . وَإِنْ حَكَّمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَتَيْهِمَا ، ثُمَّ عَادَ أَحَدُهُمَا ، فَقَالَ :
قَدْ عَزَلَهُ بَعْدَ مَا وَكَّلَهُ . لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِهِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ قَدْ نَفَذَ بِالشَّهَادَةِ ، وَلَمْ يَثْبُتِ
الْعَزْلُ . فَإِنْ قَالَا جَمِيعًا : قَدْ كَانَ عَزَلَهُ . ثَبَّتَ الْعَزْلُ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ ثَمَّتْ فِي الْعَزْلِ ،
كَتَمَائِمِهَا فِي التَّوَكُّيلِ .

فصل : فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَّلَهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَشَهِدَ آخَرُهُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ يَوْمَ السَّبْتِ ،
لَمْ تَثْمِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ غَيْرُ التَّوَكُّيلِ يَوْمَ السَّبْتِ ، فَلَمْ تَكْمُلْ
شَهَادَتُهُمَا عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقْرَبَتْوَ كَيْلَهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ
أَنَّهُ أَقْرَبَهُ يَوْمَ السَّبْتِ ، ثَمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَيْنِ إِخْبَارٌ عَنْ عَقْدٍ وَاحِدٍ ، وَيَشُقُّ
جَمْعُ الشُّهُودِ لِيُقَرَّرَ عِنْدَهُمْ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ ، فَيَجُوزُ^(٥٨) لَهُ^(٥٩) الْإِقْرَارُ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ
وَخَدَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقْرَبَتْوَ عِنْدَهُ بِالْوَكَّالَةِ بِالْعَرَبِيَّةِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ أَقْرَبَهَا
بِالْعَجَمِيَّةِ ، ثَبَّتَتْ . وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالْعَرَبِيَّةِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ

(٥٥) فِي ١ ، ب : « أَقْل » .

(٥٦) فِي ١ ، ب ، م : « الرِّجَال » .

(٥٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥٨) فِي ١ ، م : « فَجُوز » .

(٥٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

بِالْعَجَمِيَّةِ ، لم تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْعَرَبِيَّةِ غَيْرُ التَّوَكِيلِ بِالْعَجَمِيَّةِ ، فلم تَكْمُلِ الشَّهَادَةُ عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ . وكذلك لو شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَالَ : وَكَلْتُكَ . وشَهِدَ الْآخَرُ ، أَنَّهُ قَالَ : أَذِنْتُ لَكَ فِي التَّصَرُّفِ . أو أَنَّهُ قَالَ : جَعَلْتُكَ وَكِيلًا . أو شَهِدَ^(٦٠) أَنَّهُ قَالَ : جَعَلْتُكَ جَرِيًّا . لم يَتِمَّ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُخْتَلِفٌ . وَالْجَرِيُّ : الْوَكِيلُ . ولو قَالَ أَحَدُهُمَا : أَشْهَدُ أَنَّهُ وَكَلَهُ . وقال الْآخَرُ : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ . ثَمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّهُمَا لم يَحْكِيَا لَفْظَ الْمُوَكَّلِ ، وَلِئِمَّا عَبَّرَا عَنْهُ بِلَفْظِهِمَا ، وَاخْتِلَافُ لَفْظِهِمَا لَا يُؤَثِّرُ إِذَا اتَّفَقَ مَعْنَاهُ . ولو قَالَ أَحَدُهُمَا : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَقْرَ عِنْدِي أَنَّهُ وَكَيْلُهُ^(٦١) . وقال الْآخَرُ : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَقْرَ أَنَّهُ جَرِيٌّ . أو أَنَّهُ أَوْصَى إِلَيْهِ بِالتَّصَرُّفِ فِي حَيَاتِهِ . ثَبَّتَتْ الْوَكَالَةُ بِذَلِكَ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ ، وشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ وَكَلَهُ وَزَيْدًا ، أو شَهِدَ أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِهِ ، وقال : لَا تَبِعُهُ حَتَّى تَسْتَأْمِرَنِي ، أو تَسْتَأْمِرَ فُلَانًا . لم يَتِمَّ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ اثْبَتَ اسْتِقْلَالَهُ بِالْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . والثَّانِي يَنْفِي ذَلِكَ ، فَكَانَا مُخْتَلِفَيْنِ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ ، وشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ وَجَارِيَّتِهِ ، حَكَّمَ بِالْوَكَالَةِ فِي الْعَبْدِ ؛ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ ، وَزِيَادَةُ الثَّانِي لَا تَقْدَحُ فِي تَصَرُّفِهِ فِي الْأَوَّلِ ، فَلَا تَضُرُّهُ . وهكذا لو شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِهِ لَزَيْدٍ ، وشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ وَكَلَهُ فِي بَيْعِهِ لَزَيْدٍ وَإِنْ شَاءَ لِعَمْرٍو .

فصل : / ولا تُثَبِّتُ الْوَكَالَةُ وَالْعَزْلُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : تُثَبِّتُ الْوَكَالَةُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ ، وَإِنْ لم يَكُنْ نِفَقَةً . وَيجوزُ التَّصَرُّفُ لِلْمُخْبَرِ بِذَلِكَ ، إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُ الْمُخْبِرِ ، بِشَرْطِ الضَّمَانِ إِنْ أَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ . وَثَبَّتَ الْعَزْلُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ إِذَا كَانَ رَسُولًا ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ فِي هَذَا يَشُقُّ ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ ، وَلِأَنَّهُ أَذِنَ فِي التَّصَرُّفِ وَمَنَعَ مِنْهُ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِي هَذَا شَرْطُ الشَّهَادَةِ ، كَاسْتِخْدَامِ غُلَامِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ مَالِيٌّ ، فَلَا يُثَبِّتُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ ، كَالْبَيْعِ ، وَفَارَقَ الِاسْتِخْدَامَ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ . ولو شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّ فُلَانًا الْغَائِبَ وَكَلَّ فُلَانًا الْحَاضِرَ ، فَقَالَ الْوَكِيلُ : مَا

(٦٠) سقط من : م .

(٦١) في ١ ، ب ، م : د وكله .

عَلِمْتُ هذا ، وَأَنَا أَنْصَرِفُ عَنْهُ . ثَبَّتِ الْوَكَّالَةُ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ ^(٦٢) أَنِّي لَمْ أَعْلَمْ إِلَى الْآنَ ، وَقَبُولُ الْوَكَّالَةِ يَجُوزُ مُتَرَاخِيًا ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ التَّوَكُّلِ حُضُورُ الْوَكِيلِ وَلَا عِلْمُهُ ، فَلَا يَضُرُّ جَهْلُهُ بِهِ . وَإِنْ قَالَ : مَا أَعْلَمُ صِدْقَ الشَّاهِدَيْنِ . لَمْ تُثَبِّتْ وَكَالَتُهُ ؛ لِقَدْحِهِ فِي شَهَادَتِهِمَا . وَإِنْ قَالَ : مَا عَلِمْتُ . وَسَكَتَ ، قِيلَ لَهُ : فَسَّرَ . فَإِنْ فَسَّرَ بِالْأَوَّلِ ثَبَّتَتْ وَكَالَتُهُ ، وَإِنْ فَسَّرَهُ بِالثَّانِي لَمْ تُثَبِّتْ .

فصل : وَيَصِحُّ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ بِالْوَكَّالَةِ عَلَى الْغَائِبِ ، وَهُوَ أَنْ يَدَّعَى أَنْ فَلَانًا الْغَائِبَ وَكَلَّنِي فِي كَذَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ . بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَصِحُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ فِي سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَا يُعْتَبَرُ حُضُورُهُ كَغَيْرِهِ . وَإِذَا قَالَ لَهُ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ : احْلِفْ أَنَّكَ تَسْتَحِقُّ مَطْلَبَتِي . لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ طَعْنٌ فِي الشَّهَادَةِ . وَإِنْ قَالَ : قَدْ عَزَلْتُ الْمُوَكَّلَ ، فَاحْلِفْ أَنَّهُ مَا عَزَلْتُكَ . لَمْ يُسْتَحْلَفْ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى عَلَى الْمُوَكَّلِ ، وَالْيَمِينُ لَا تَدْخُلُهَا التَّيَابَةُ . وَإِنْ قَالَ : أَنتَ تَعْلَمُ أَنَّ مُوَكَّلَكَ قَدْ عَزَلْتُكَ . سُمِعَتْ دَعْوَاهُ . وَإِنْ طَلَبَ الْيَمِينُ مِنَ الْوَكِيلِ ، حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ مُوَكَّلَهُ عَزَلَهُ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى عَلَيْهِ . وَإِنْ أَقَامَ الْخَصْمُ بَيِّنَةً بِالْعَزْلِ ، سُمِعَتْ ، وَانْعَزَلَ الْوَكِيلُ .

فصل : وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَكِيلِ عَلَى مُوَكَّلِهِ ؛ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ ، فَإِنَّهُ ^(٦٣) لَا يَجْرُ بِهَا نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ بِهَا ضَرَرًا . وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ فِيمَا لَمْ يُوَكَّلْهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْرُ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا . وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ فِيمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يُثَبِّتُ لِنَفْسِهِ حَقًّا ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ إِذَا وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ حَقٍّ ، فَشَهِدَ بِهِ لَهُ ، ثَبَّتَ اسْتِحْقَاقَ قَبْضِهِ ، وَلَأَنَّهُ خَصَمٌ فِيهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْمُخَاصَمَةَ فِيهِ . فَإِنْ شَهِدَ بِمَا كَانَ وَكِيلًا فِيهِ بَعْدَ عَزْلِهِ ، لَمْ تُقْبَلْ أَيْضًا ، سِوَاءَ كَانَ خَاصِمًا فِيهِ بِالْوَكَّالَةِ أَوْ لَمْ يُخَاصِمِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ لَمْ يُخَاصِمِ فِيهِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ ، وَلَمْ يُخَاصِمِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ^(٦٤) لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِيهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بِعَقْدِ الْوَكَّالَةِ صَارَ

(٦٢) فِي ب : « الْكَلَامُ » .

(٦٣) فِي ب : « فَإِنَّهَا » .

(٦٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

خَصْمًا فِيهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ فِيهِ ، كَالْوِخَامَةِ فِيهِ ، وَفَارَقَ مَا لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِيهِ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ خَصْمًا فِيهِ .

فصل : إِذَا كَانَتِ الْأُمَّةُ بَيْنَ نَفْسَيْنِ ، فَشَهِدَا أَنَّ زَوْجَهَا وَكَّلَ فِي طَلَاقِهَا ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا ، وَهُوَ زَوَالُ حَقِّ الزَّوْجِ مِنَ الْبُضْعِ الَّذِي هُوَ مِلْكُهُمَا . وَإِنْ / شَهِدَا بِعَزْلِ الْوَكِيلِ فِي الطَّلَاقِ ، لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا ، وَهُوَ إِبْقَاءُ التَّفَقُّعِ عَلَى الزَّوْجِ . وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ ابْنِي الرَّجُلِ لَهُ بِالْوَكَاةِ ، وَلَا أَبَوَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ لَهُ حَقَّ التَّصَرُّفِ ، وَلَا يُثْبِتُ لِلْإِنْسَانِ حَقَّ بِشَهَادَةِ ابْنِهِ وَلَا أَبِيهِ . وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ ابْنِي الْمُوَكَّلِ ، وَلَا أَبَوَيْهِ بِالْوَكَاةِ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ عَلَى الْمُوَكَّلِ يَسْتَحِقُّ بِهِ الْوَكِيلَ الْمُطَالَبَةَ ، فَقُبِلَتْ فِيهِ شَهَادَةُ قَرَابَةِ الْمُوَكَّلِ ، كَالِإِقْرَارِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ يُثْبِتُ بِهَا حَقَّ لِأَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ ، كَشَهَادَةِ ابْنِي الْوَكِيلِ وَأَبَوَيْهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ لِأَبِيهِمَا نَائِبًا مُتَصَرِّفًا لَهُ ، وَفَارَقَ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ بِالِإِقْرَارِ ، فَإِنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَيْهِ مُتَمَحِّضَةٌ ^(٦٥) . وَلَوْ ادَّعَى الْوَكِيلُ الْوَكَاةَ ، فَأُنْكَرَهَا الْمُوَكَّلُ ، فَشَهِدَ عَلَيْهِ ابْنَاهُ أَوْ أَبَوَاهُ ، ثَبَّتَتْ الْوَكَاةَ وَأُمْضِي ^(٦٦) تَصَرُّفُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَهَادَةٌ عَلَيْهِ . وَإِنْ ادَّعَى الْمُوَكَّلُ أَنَّهُ تَصَرَّفَ بِوَكَاةٍ ، وَأُنْكَرَ الْوَكِيلُ ، فَشَهِدَ عَلَيْهِ أَبَوَاهُ أَوْ ابْنَاهُ ، قُبِلَ أَيْضًا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ ادَّعَى وَكِيلٌ لِمُوَكَّلِهِ الْغَائِبِ حَقًّا ، وَطَالَ بِه ، فَادَّعَى الْخَصْمُ ^(٦٧) أَنَّ الْمُوَكَّلَ ^(٦٧) عَزَلَهُ ، وَشَهِدَ لَهُ بِذَلِكَ ابْنُ الْمُوَكَّلِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ، وَثَبَّتَ الْعَزْلُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَشْهَدَانِ عَلَى أَبِيهِمَا . وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْخَصْمُ عَزْلَهُ ، لَمْ تُسْمَعْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَشْهَدَانِ لِمَنْ لَا يَدَّعِيهَا . فَإِنْ قَبَضَ الْوَكِيلُ ، فَحَضَرَ الْمُوَكَّلُ ، وَادَّعَى أَنَّهُ كَانَ قَدْ عَزَلَ الْوَكِيلَ ، وَأَنَّ حَقَّهُ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ الْعَرِيمِ ، وَشَهِدَ لَهُ ابْنَاهُ ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ حَقًّا لِأَبِيهِمَا . وَلَوْ ادَّعَى مُكَاتَّبُ الْوَكَاةِ ،

(٦٥) فِي م : « مُتَمَحِّضَةٌ » خَطَأً .

(٦٦) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ أُمْضِي » .

(٦٧-٦٧) فِي الْأَصْلِ : « أَنَّهُ » .

فَشَهَدَ لَهُ سَيِّدُهُ ، أَوْ ابْنَا سَيِّدِهِ ، أَوْ أَبَوَاهُ ، لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَشْهَدُ ^(٦٨) لِعَبْدِهِ ، وَابْنَاهُ يَشْهَدَانِ لِعَبْدِ أَبِيهِمَا ، وَالْأَبَوَانِ يَشْهَدَانِ لِعَبْدِ ابْنِهِمَا . فَإِنْ عُنِقَ ، فَأَعَادَ الشَّهَادَةَ ، فَهَلْ تُقْبَلُ ؟ تَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ .

فصل : إِذَا حَضَرَ رَجُلَانِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْآخَرَ وَكَّلَهُ ، ثُمَّ غَابَ الْمُوَكَّلُ ، وَحَضَرَ الْوَكِيلُ ، فَقَدَّمَ خَصْمًا لِمُوَكَّلِهِ ، وَقَالَ : أَنَا وَكَيلُ فَلَانٍ . فَأَنْكَرَ الْخَصْمُ كَوْنَهُ وَكَيْلَهُ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بَعِلْمِهِ . لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ بِوَكَالَتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَحْكُمُ بَعِلْمِهِ . وَكَانَ الْحَاكِمُ يَعْرِفُ الْمُوَكَّلَ بِعَيْنِهِ وَاسْمِهِ وَنَسَبِهِ ، صَدَقَهُ ، وَمَكَّنَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّ مَعْرِفَتَهُ كَالْبَيِّنَةِ . وَإِنْ عَرَفَهُ بِعَيْنِهِ دُونَ اسْمِهِ وَنَسَبِهِ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَهُ ، حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ عِنْدَهُ بِالْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ يُرِيدُ تَثْبِيتَ نَسَبِهِ عِنْدَهُ بِقَوْلِهِ ، فَلَمْ يَقْبَلْ .

فصل : وَلَوْ حَضَرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ رَجُلٌ ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ وَكَيلُ فَلَانٍ الْغَائِبِ ، فِي شَيْءٍ عَيْنِي ، وَأَخْضَرَ بَيِّنَةً تَشْهَدُ لَهُ بِالْوَكَالَةِ ، سَمِعَهَا الْحَاكِمُ . وَلَوْ ادَّعَى حَقًّا لِمُوَكَّلِهِ قَبْلَ ثُبُوتِ وَكَالَتِهِ ، لَمْ يَسْمَعْ الْحَاكِمُ دَعْوَاهُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَسْمَعُهَا إِلَّا أَنْ يُقَدَّمَ خَصْمًا مِنْ خُصَمَاءِ الْمُوَكَّلِ ، فَيَدَّعَى عَلَيْهِ حَقًّا ، فَإِذَا أَجَابَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَئِذٍ يَسْمَعُ الْحَاكِمُ / الْبَيِّنَةَ ، فَحَصَلَ الْخِلَافُ بَيْنَنَا فِي حُكْمَيْنِ ؛ ^{١٨٢/٤} أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْحَاكِمَ عِنْدَنَا يَسْمَعُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَكَالَةِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ خَصْمٍ ^(٦٩) ، وَعِنْدَهُ لَا يَسْمَعُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ لِمُوَكَّلِهِ قَبْلَ ثُبُوتِ وَكَالَتِهِ ، وَعِنْدَهُ تُسْمَعُ . وَبَنَى أَبُو حَنِيفَةَ عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ ، وَسَمَاعُ الْبَيِّنَةِ بِالْوَكَالَةِ ^(٧٠) مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ ، وَأَنَّ الْوَكَالََةَ لَا تُلْزِمُ الْخَصْمَ ، مَا لَمْ يُجِبِ الْوَكِيلُ عَنْ

(٦٨) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « شَهِد » .

(٦٩) فِي الْأَصْلِ : « خَصْمَيْنِ » .

(٧٠) فِي ١ : « بِالْوَكِيلِ » .

دَعْوَى الْخَصْمِ أَنَّكَ لَسْتَ بِوَكِيلٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِبْتِاثٌ لِلْوَكَالَةِ ، فَلَمْ يُفْتَقَرْ إِلَى حُضُورِ الْمُوَكَّلِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمُوَكَّلُ عَلَيْهِ جَمَاعَةً فَأُخْضِرَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، فَإِنَّ الْبَاقِينَ لَا يُفْتَقَرُ إِلَى حُضُورِهِمْ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الدَّعْوَى لَا تُسْمَعُ قَبْلَ ثُبُوتِ الْوَكَالَةِ ، أَنَّهَا لَا تُسْمَعُ إِلَّا مِنْ خَصْمٍ يُخَاصِمُ عَنْ نَفْسِهِ أَوْ عَنْ مُوَكَّلِهِ ، وَهَذَا لَا يُخَاصِمُ عَنْ نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ وَكِيلٌ لِمَنْ يَدْعِي لَهُ ، فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى لِمَنْ لَمْ يَدْعِ وَكَالَتْهُ ، وَفِي هَذَا الْأَصْلِ جَوَابٌ عَمَّا ذَكَرَهُ .

فصل : وَلَوْ حَضَرَ رَجُلٌ ، وَادَّعَى عَلَى غَائِبٍ مَالًا فِي وَجْهِ وَكِيلِهِ ، فَأَنْكَرَهُ ، فَأَقَامَ بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، حَلْفَهُ الْحَاكِمِ ، وَحَكَمَ لَهُ بِالْمَالِ . فَإِذَا حَضَرَ الْمُوَكَّلُ ، وَجَحَدَ الْوَكَالَةَ ، أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ قَدْ عَزَلَهُ ، لَمْ يُؤْثَرِ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يُفْتَقَرُ إِلَى حُضُورِ وَكِيلِهِ .

فصل : إِذَا قَالَ : بَعِ هَذَا الثَّوبَ بِعَشْرَةِ ، فَمَا زَادَ عَلَيْهَا فَهُوَ لَكَ . صَحَّ ، وَاسْتَحَقَّ^(٧١) الزِّيَادَةُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ . وَلَنَا ، أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ كَانَ لَا يَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا ، وَلَئِنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِهِ بِإِذْنِهِ ، فَصَحَّ شَرْطُ الرِّجْعِ لَهُ فِي الثَّانِي ، كَالْمُضَارِبِ وَالْعَامِلِ فِي الْمُسَاقَاةِ .

(٧١) فِي ١ : وَاسْتَحَقَّ .

كِتَابُ الْإِقْرَارِ بِالْحُقُوقِ

الإقرار : هو الاعتراف . والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ قَالُوا أَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا ﴾ ^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ ﴾ ^(٢) . وقال تعالى : ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ ﴾ ^(٣) . في آي كثيرة مثل هذا . وأما السنة فما رَوَى أَن مَاعِزًا أَقْرَ بِالرَّيِّ ، فَرَجَمَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وكذلك الغامدية ، وقال : « وَأَعْدِيَا أُنَيْسَ عَلَىٰ أَمْرَةٍ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمَاهَا » ^(٤) . وأما الإجماع ، فَإِنَّ الْأُئِمَّةَ ^(٥) أَجْمَعَتْ عَلَىٰ صِحَّةِ الْإِقْرَارِ . وَلِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَلَىٰ وَجْهِ يَنْفِي عَنْهُ التُّهْمَةُ وَالرَّيْبُ ، فَإِنَّ الْعَاقِلَ لَا يَكْذِبُ عَلَىٰ نَفْسِهِ كِذْبًا يَضُرُّهَا ، ولهذا كَانَ آكَدَ مِنَ الشَّهَادَةِ ، فَإِنَّ الْمُدْعَىٰ عَلَيْهِ إِذَا اعْتَرَفَ لَا تُسْمَعُ عَلَيْهِ الشَّهَادَةُ ، وَإِنَّمَا تُسْمَعُ إِذَا أَنْكَرَ ، وَلَوْ كَذَّبَ الْمُدْعَىٰ بَيِّنَةٌ لَمْ تُسْمَعْ ، وَإِنْ كَذَّبَ الْمُقَرَّرُ ثُمَّ صَدَّقَهُ سُمِعَ .

فصل : لَا يَصِحُّ الْإِقْرَارُ إِلَّا مِنْ عَاقِلٍ مُّخْتَارٍ . فَأَمَّا الطُّفْلُ ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالْمُبْرَسَمُ ^(٦) ، وَالنَّائِمُ ، وَالْمُعْمَىٰ عَلَيْهِ ، فَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُمْ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

(١) سورة آل عمران ٨١ .

(٢) سورة التوبة ١٠٢ .

(٣) سورة الأعراف ١٧٢ .

(٤) تقدم حديث ماعز ، والحديث الذي يذكر فيه أنيس ، في صفحة ٢٠١ .

وحديث الغامدية أخرجه مسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنا ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم

٣ / ١٣٢٢ ، ١٣٢٣ .

(٥) في ١ : « الأئمة » .

(٦) المبرسم : من به علة يهذى .

عاقِل ، فلم يَصِحَّ إقراره ، كالمجنون الذي سَبَبَ جُنُونَهُ فَعَلَ مُحَرَّم ، ولأنَّ السَّكْرَانَ لَا يُوثَقُ بِصِحَّةِ مَا يَقُولُ ، وَلَا تَنْتَفِي عَنْهُ التَّهْمَةُ فِيمَا يُخْبِرُ بِهِ ، فلم يُوجَدْ مَعْنَى الإقرارِ الْمُوجِبِ لِقَبُولِ قَوْلِهِ . وأما المُكْرَهُ فلا يَصِحُّ إقراره بما أُكْرِهَ على الإقرارِ بِهِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لقولِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ » (١١) . ولأنَّه قَوْلُ أُكْرِهَ عَلَيْهِ بغيرِ حَقٍّ ، فلم يَصِحَّ ، كالْبَيْعِ . وإنْ أقرَّ بغيرِ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ ، مثلُ أَنْ يُكْرِهَ على الإقرارِ لِرَجُلٍ ، فأقرَّ لغيرِهِ ، أو بِنَوْعٍ مِنَ الْمَالِ ، فبِقَرَرٍ بغيرِهِ ، أو على الإقرارِ بِطَلَاقِ امْرَأَةٍ ، فأقرَّ بِطَلَاقِ أُخْرَى ، أو أقرَّ بِعِتْقِ عَبْدٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّه أقرَّ بما لم يُكْرِهَ عَلَيْهِ ، فَصَحَّ ، كَالْوَقْفِ بِهِ ابْتِدَاءً . ولو أُكْرِهَ على أَداءِ مَالٍ ، فَبَاعَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ لِيُؤَدِّيَ ذَلِكَ ، صَحَّ بَيْعُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لأنَّه لم يُكْرِهَ على الْبَيْعِ . ومنْ أقرَّ بِحَقٍّ ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ مُكْرَهًا ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، سواءَ أقرَّ عِنْدَ السُّلْطَانِ أو عِنْدَ غَيْرِهِ ؛ لأنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِكْرَاهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ دَلَالَةٌ عَلَى الْإِكْرَاهِ ، كَالْقَيْدِ وَالْحَبْسِ وَالتَّوَكُّيلِ (١٢) بِهِ ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ هَذِهِ الْحَالُ تَدُلُّ عَلَى الْإِكْرَاهِ . ولو ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ زَائِلَ الْعَقْلِ حَالَ إقرارِهِ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةُ حَتَّى يُعْلَمَ غَيْرُهَا . ولو شَهِدَ الشُّهُودُ بِإقرارِهِ ، لم تَقْتَفِرْ صِحَّةُ الشَّهَادَةِ إِلَى أَنْ يَقُولُوا طَوْعًا فِي صِحَّةِ عَقْلِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ سَلَامَةُ الْحَالِ وَصِحَّةُ الشَّهَادَةِ . وقد ذَكَرْنَا حُكْمَ / إقرارِ السَّفِيهِ وَالْمُفْلِسِ وَالْمَرِيضِ فِي أَبْوَابِهِ . وأما الْعَبْدُ فَيَصِحُّ إقرارُهُ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ دُونَ مَوْلَاهُ . وَلَا يَصِحُّ إقرارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ مِنَ الْعَبْدِ إِلَّا الْمَالَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ إقرارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ بِمَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، وَيَجِبُ الْمَالُ دُونَ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، وَهِيَ مَالُ السَّيِّدِ ، فَصَحَّ إقرارُهُ بِهِ ، كَجَنَائَةِ الْخَطَا . وأما إقرارُهُ بِمَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ، فَاَلْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ ، وَيَتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ . وَبِهِ قَالَ زُفَرٌ ، وَالْمُزْنِيُّ ، وَدَاوُدُ ، وَابْنُ جَرِيرٍ الطَّبْرِيُّ ؛ لِأَنَّهُ يُسْقَطُ حَقَّ سَيِّدِهِ بِإقرارِهِ ، فَاشْتَبَهَ الْإقرارُ بِقَتْلِ الْخَطَا ، وَلأنَّه مُتَّهَمٌ فِي أَنَّهُ

(١١) تقدم تخریجه فی : ١ / ١٤٦ .

(١٢) فی م : « والتَّوَكُّيلُ » . ووَكَّلَ بِهِ ، أَى أَلْزَمَهُ مِنْ يُوْذِيهِ .

يُقَرُّ لِرَجُلٍ لِيَعْفُو عَنْهُ ، وَيَسْتَحِقَّ أَخْذَهُ ، فَيَتَخَلَّصُ بِذَلِكَ مِنْ سَيِّدِهِ . وَاخْتَارَ أَبُو
الْحَطَّابِ أَنَّهُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي
الْقِصَاصِي ، فَصَحَّ إِقْرَارُهُ بِهِ ، كَمَا دُونَ النَّفْسِ . وَهَذَا الْأَصْلُ يَنْتَقِضُ دَلِيلُ الْأَوَّلِ . وَيَنْبَغِي
عَلَى هَذَا الْقَوْلِ أَنْ لَا يَصِحَّ عَفْوُ وَلِيِّ الْجَنَائِيَةِ عَلَى مَالٍ إِلَّا بِاخْتِيَارِ سَيِّدِهِ ، لِثَلَا يُفْضِيَ إِلَى
إِجَابِ الْمَالِ عَلَى سَيِّدِهِ بِإِقْرَارِ غَيْرِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُ الْعَبْدِ بِجَنَائِيَةِ الْحَطِّ ، وَلَا شِبْهِ
الْعَمْدِ ، وَلَا بِجَنَائِيَةِ عَمْدٍ مُوجِبُهَا الْمَالُ ، كَالْجَائِفَةِ وَالْمَأْمُومَةِ ^(١٣) ، لِأَنَّهُ إِجَابٌ حَقٌّ فِي
رَقَبَتِهِ ، وَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ بِحَقِّ الْمَوْلَى . وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ؛ ^(١٤) لِأَنَّهُ إِجَابٌ حَقٌّ فِي
مَالِهِ . وَإِنْ أَقَرَّ بِسَرِقَةٍ مُوجِبُهَا الْمَالُ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ^(١٥) ؛ لَمَّا
ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَ مُوجِبُهَا الْقَطْعُ وَالْمَالُ ، فَأَقَرَّ بِهَا الْعَبْدُ ، وَجَبَ قَطْعُهُ ، وَلَمْ يَجِبْ
الْمَالُ ، سِوَاءَ كَانَ مَا أَقَرَّ بِسَرِقَتِهِ بَقِيًّا ، أَوْ تَالِفًا فِي يَدِ السَّيِّدِ أَوْ يَدِ الْعَبْدِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي عَبْدٍ
أَقَرَّ بِسَرِقَةِ دَرَاهِمٍ فِي يَدِهِ أَنَّهُ سَرَقَهَا مِنْ رَجُلٍ ، وَالرَّجُلُ يَدْعِي ذَلِكَ ، وَسَيِّدُهُ يُكَذِّبُهُ :
فَالدَّرَاهِمُ لِسَيِّدِهِ ، وَيُقَطَّعُ الْعَبْدُ ، وَيَتَّبَعُ بِذَلِكَ بَعْدَ الْعِتْقِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي وَجُوبِ الْمَالِ فِي
هَذِهِ الصُّورَةِ وَجْهَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ الْقَطْعُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شُبْهَةٌ ، فَيُذَرُّ بِهَا
الْقَطْعُ ، لِكَوْنِهِ حَدًّا يُذَرُّ بِالشُّبُهَاتِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَيْنَ الَّتِي يُقَرُّ
بِسَرِقَتِهَا لَمْ يَثْبُتْ حُكْمُ السَّرِقَةِ فِيهَا ، فَلَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْقَطْعِ بِهَا . وَإِنْ أَقَرَّ الْعَبْدُ بِرَقَبَةٍ لَغَيْرِ
مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِ ^(١٥) ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ ^(١٦) بِالرَّقِ إِقْرَارٌ بِالْمِلْكِ ، وَالْعَبْدُ لَا
يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِحَالٍ ، وَلَأَنَّا لَوْ قَبِلْنَا إِقْرَارَهُ ، أَضَرَرْنَا بِسَيِّدِهِ ، لِأَنَّهُ إِذَا شَاءَ أَقَرَّ لَغَيْرِ سَيِّدِهِ ،
فَأَبْطَلَ مِلْكَهُ . وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ السَّيِّدُ لِرَجُلٍ ، وَأَقَرَّ هُوَ لآخر ، فَهُوَ لِلَّذِي أَقَرَّ لَهُ السَّيِّدُ ؛ لِأَنَّهُ
فِي يَدِ السَّيِّدِ ، لَا فِي يَدِ نَفْسِهِ ، وَلِأَنَّ السَّيِّدَ لَوْ أَقَرَّ بِهِ مُنْفَرِدًا قَبِلَ . وَلَوْ أَقَرَّ الْعَبْدُ مُنْفَرِدًا لَمْ

(١٣) الجائفة : طعنة تبلغ الجوف . والمأومة : الشجة بلغت أم الرأس .

(١٤-١٤) سقط من : ب .

(١٥) سقط من : ١ ، ب .

(١٦) في ١ ، ب : « إقراره » .

يُقْبَلُ، فإذا لم يُقْبَلْ إقرارُ العبدِ مُنفردًا فكيف يُقْبَلُ مع^(١٧) ^(١٨) مُعَارَضَتِهِ لإقرارِ^(١٩) السَّيِّدِ .
ولو قُبِلَ إقرارُ العبدِ، لَمَّا قُبِلَ إقرارُ السَّيِّدِ، كَالْحَدِّ وَجَنَائَةِ الْعَمْدِ . وَأَمَّا الْمُكَاتَّبُ فَحُكْمُهُ
حُكْمُ الْحُرِّ فِي صِحَّةِ إِقْرَارِهِ . ولو أَقْرَأَ بِجَنَائَةٍ خَطَأً صَحَّ إِقْرَارُهُ ، فَإِنْ عَجَزَ بَيْعُ فِيهَا إِنْ لَمْ
يَفِدْهُ سَيِّدُهُ . وقال أبو حنيفة : يُسْتَسْعَى فِي الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ عَجَزَ بَطَلَ إِقْرَارُهُ بِهَا ، سَوَاءً
قُضِيَ بِهَا أَوْ لَمْ يُقْضَ . وعن الشَّافِعِيِّ كَقَوْلِنَا . وعنه أَنَّهُ مُرَاعَى إِنْ أَدَّى لِرَبِّهِ ، وَإِنْ عَجَزَ
بَطَلَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِقْرَارٌ لِرَبِّهِ^(٢٠) فِي كِتَابَتِهِ ، فَلَا يَنْطَلِعُ بِعَجْزِهِ ، كَالْإِقْرَارِ بِالذِّنِّ . وعلى
الشَّافِعِيِّ ، أَنَّ الْمُكَاتَّبَ فِي يَدِ نَفْسِهِ ، فَصَحَّ إِقْرَارُهُ بِالْجَنَائَةِ ، كَالْحُرِّ .

١٨٣ ظ **فصل :** وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ لِكُلِّ مَنْ / يَثْبُتُ لَهُ الْحَقُّ . فإذا أَقْرَأَ الْعَبْدُ^(٢١) بِنِكَاحٍ أَوْ قِصَاصٍ
أَوْ تَعْرِيرِ الْقَذْفِ ، صَحَّ الْإِقْرَارُ لَهُ ، صَدَقَهُ الْمَوْلَى أَوْ كَذَبَهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ .
وله الْمُطَالِبَةُ بِذَلِكَ ، وَالْعَفْوُ عَنْهُ ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ مُطَالِبَةٌ^(٢٢) بِهِ وَلَا عَفْوٌ . وَإِنْ كَذَبَهُ
الْعَبْدُ ، لَمْ يُقْبَلْ . وَإِنْ أَقْرَأَ بِمَالٍ ، صَحَّ ، وَيَكُونُ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ كَيْدُ سَيِّدِهِ . وقال
أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ الْمَالُ . صَحَّ الْإِقْرَارُ لَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ .
كَانَ الْإِقْرَارُ لِمَوْلَاهُ ، يَلْزَمُ بِتَصَدِيقِهِ وَيَنْطَلِعُ بِرَدِّهِ . وَإِنْ أَقْرَأَ لِبَيْمَةٍ أَوْ دَارٍ ، لَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ
لَهَا ، وَكَانَ بَاطِلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا تَمْلِكُ الْمَالُ مُطْلَقًا ، وَلَا يَدُهَا . وَإِنْ قَالَ : عَلَى سَبَبِ هَذِهِ
الْبَيْمَةِ . لَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا لِأَحَدٍ ، وَلَئِنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ لِمَنْ هِيَ ، وَمِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْإِقْرَارِ ذِكْرُ
الْمُقَرَّرِ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : لِمَالِكِهَا أَوْ لَزَيْدٍ عَلَى سَبَبِهَا الْف . صَحَّ الْإِقْرَارُ . وَإِنْ قَالَ :
بِسَبَبِ حَمَلٍ هَذِهِ الْبَيْمَةِ . لَمْ يَصِحَّ ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ إِجَابُ شَيْءٍ بِسَبَبِ الْحَمَلِ .
فصل : وَإِنْ أَقْرَأَ لِحَمَلِ امْرَأَةٍ بِمَالٍ ، وَعَزَاهُ إِلَى إِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ ، صَحَّ ، وَكَانَ

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

(١٨-١٩) فِي ١ ، ب : « مُعَارَضَةُ إِقْرَارِ » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٠) فِي ١ : « لِلْعَبْدِ » .

(٢١) فِي ١ ، ب ، م : « مُطَالِبَتِهِ » .

لِلْحَمْلِ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : يَصِحُّ . وَهُوَ أَصَحُّ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛
لأنَّه يجوزُ أَنْ يَمْلِكَ بَوَاجِهٍ صَحِيحٍ ، فَصَحَّ لَهُ الْإِقْرَارُ الْمُطْلَقُ ، كَالطِّفْلِ . فَعَلَى هَذَا ،
إِنْ وَلَدَتْ ذَكَرًا أَوْ أُثْنَى ، كَانَ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ . وَإِنْ عَزَاهُ إِلَى إِزْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ ، كَانَ بَيْنَهُمَا
عَلَى حَسَبِ اسْتِحْقَاقِهِمَا لَذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ التَّمِيمِيُّ : لَا يَصِحُّ الْإِقْرَارُ إِلَّا أَنْ
يَعْرِضَهُ^(٢٢) إِلَى إِزْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ
بغَيْرِهِمَا . فَإِنْ وَضَعَتْ^(٢٣) الْوَلَدَ مَيِّتًا ، وَكَانَ قَدْ عَزَا الْإِقْرَارَ إِلَى إِزْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ ، عَادَتْ
إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي وَمَوْرُوثِ الطِّفْلِ ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْإِقْرَارَ ، كُتِفَ ذِكْرُ السَّبَبِ ، فَيُعْمَلُ
بِقَوْلِهِ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ التَّفْسِيرُ بِمَوْتِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، بَطَلَ إِقْرَارُهُ ، كَمَنْ أَقْرَأَ لِرَجُلٍ لَا يَعْرِفُ مَنْ
أَرَادَ بِإِقْرَارِهِ . وَإِنْ عَزَا الْإِقْرَارَ إِلَى جِهَةٍ غَيْرِ صَحِيحَةٍ ، فَقَالَ : هَذَا الْحَمْلُ عَلَى الْآلِ
أَقْرَضَنِيهَا ، أَوْ وَدِيعَةً أَخَذْتُهَا مِنْهُ . فَعَلَى قَوْلِ التَّمِيمِيِّ ، الْإِقْرَارُ بَاطِلٌ ، وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ
حَامِدٍ ، يَتَّبَعِي أَنْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِقْرَارَهُ بِمَا يُسْقِطُهُ ، فَيَسْقُطُ مَا وَصَلَهُ بِهِ ، كَمَا
لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى الْآلِ لَا تَلْزُمُنِي . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى الْآلِ جَعَلْتُهَا لَهُ . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، فَهِيَ
عِدَّةٌ لَا يُؤْخَذُ بِهَا . وَلَا يَصِحُّ الْإِقْرَارُ لِحَمْلٍ إِلَّا إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ مُوجُودًا حَالِ الْإِقْرَارِ عَلَى
مَا تَبَيَّنَ^(٢٤) فِي مَوْضِعِهِ . وَإِنْ أَقْرَأَ لِمَسْجِدٍ أَوْ مَصْنَعٍ أَوْ طَرِيقٍ ، وَعَزَاهُ إِلَى سَبَبٍ صَحِيحٍ ،
مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : مِنْ غَلَّةٍ وَفَقِهِ . صَحَّ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، خُرِّجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ .

٨٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَقْرَأَ بِشَيْءٍ ، وَاسْتَشْنَى مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَانَ
اسْتِثْنَاؤُهُ بَاطِلًا ، إِلَّا أَنْ يَسْتَشْنَى عَيْنًا مِنْ وَرِقٍ ، أَوْ وَرِقًا مِنْ عَيْنٍ)

في هذه المسألة فصلان :

أولهما : أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ فِي الْإِقْرَارِ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ ، وَهَذَا قَالَ زُفَرٌ ، وَمُحَمَّدٌ

(٢٢) كذا . وصوابه : « يعرضه » .

(٢٣) في م : « ولدت » .

(٢٤) في ب ، م : « بين » .

ابن الحسن . وقال أبو حنيفة : إن استثنى مكيلًا أو موزونًا ، جاز ، وإن استثنى عبدًا أو ثوبًا من مكيل أو موزون ، لم يجز . وقال مالك ، والشافعي : يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقًا ؛ لأنه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب ، قال الله تعالى : ﴿ وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ ﴾^(١) . وقال الله تعالى : ﴿ لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا إِلَّا قِيلًا سَلَامًا ﴾^(٢) . وقال الشاعر^(٣) :

وَبَلَدٌ لَيْسَ بِهَا أُنَيْسُ
إِلَّا الْيَعْفِيرُ ، وَإِلَّا الْعَيْسُ

و ١٨٤/٤ / وقال آخر^(٤) :

عَيْتُ جَوَابًا وَمَا بِالرَّبْعِ مِنْ أَحَدٍ
إِلَّا أَوَارِي لَأَيَامَا أُبَيْنَهَا

ولنا أن الاستثناء صرّف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه . وقيل : هو^(٥) إخراج بعض ما تناوله المُستثنى منه ، مُشتقٌّ من ثَبِيتُ فلانًا عن رأيه . إذا صرّفته عن رأي كان عازِمًا عليه . وثَبِيتُ عِنَانٌ دَأْبَتِي . إذا صرّفناها به عن وجهتها التي كانت تذهب إليها . وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام ، فإذا ذكره ، فما صرّف الكلام عن صَوْبِهِ ، ولا ثَنَاهُ عن وَجْهِ اسْتِرْسَالِهِ ، فلا يكون استثناء ، وإنما سُمِّيَ^(٦)

(١) سورة الكهف ٥٠ .

(٢) سورة الواقعة ٢٥ ، ٢٦ .

(٣) الرجز لجران العود ، وهو من الشواهد النحوية . انظر معجم شواهد العربية ٤٨١ .
واليعافير : جمع يعفور ، وهو ولد الظبية وولد البقرة الوحشية أيضا . والعيس : إبل بيض يخالط بياضها شقرة .

(٤) هو النابغة الذبياني . ديوانه ٢ ، ٣ .

صدر الأول :
ووقف فيها أصيلاً لأسائلها .
والتوى كالحوض بالمظلومة الجلد .
ومعجز الثاني :

(٥) سقط من : ١ ، ب .

(٦) في الأصل : يسمى .

اسْتِثْنَاءٌ تَجَوُّزًا ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي الْحَقِيقَةِ اسْتِذْرَاكٌ . « وَإِلَّا » هُنَا بِمَعْنَى « لَكِنْ » . هَكَذَا قَالَ أَهْلُ الْعَرَبِيَّةِ ؛ مِنْهُمْ ابْنُ قُتَيْبَةَ ، وَحَكَاةٌ عَنْ سَيِّبُوهِ . وَالِاسْتِذْرَاكُ لَا يَأْتِي إِلَّا بَعْدَ الْجَحْدِ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَأْتِ الْاسْتِثْنَاءُ فِي الْكِتَابِ الْعَزِيزِ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ إِلَّا بَعْدَ التَّنْفِي ، وَلَا يَأْتِي بَعْدَهُ الْإِثْبَاتُ ، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ بَعْدَهُ جُمْلَةٌ . وَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَلَا مَدْخَلَ لِلِاسْتِذْرَاكِ فِي الْإِقْرَارِ ، لِأَنَّهُ إِثْبَاتٌ لِلْمُقَرَّبِ ، فَإِذَا ذَكَرَ الْاسْتِذْرَاكَ بَعْدَهُ كَانَ بَاطِلًا ، وَإِنْ ذَكَرَهُ بَعْدَ جُمْلَةٍ ، كَأَنَّ قَالَ : لَهُ عِنْدِي مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا ثَوْبًا لِي عَلَيْهِ . فَيَكُونُ مُقَرَّرًا بِشَيْءٍ مُدْعِيًا لَشَيْءٍ ^(٧) سِوَاهُ ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ ، وَيَبْطُلُ دَعْوَاهُ ، كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِذَلِكَ بِغَيْرِ لَفْظِ الْاسْتِثْنَاءِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ ﴾ . فَإِنْ إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْمَلَائِكَةِ ، بِدَلِيلِ أَنْ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَأْمُرْ بِالسُّجُودِ غَيْرَهُمْ ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُمْ لَمَا كَانَ مَأْمُورًا بِالسُّجُودِ ، وَلَا عَاصِيًا بِتَرْكِهِ ، وَلَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي حَقِّهِ : ﴿ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ ﴾ ^(٨) . وَلَا قَالَ : ﴿ مَا مَنَعَكَ إِلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ ﴾ ^(٩) . وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَأْمُورًا فَلَمْ تُكْسَهُ اللَّهُ وَأَهْبَطَهُ وَدَحَرَهُ ؟ وَلَمْ يَأْمُرِ اللَّهُ تَعَالَى بِالسُّجُودِ إِلَّا الْمَلَائِكَةَ . فَإِنْ قَالُوا : بَلْ قَدْ تَنَاوَلَ الْأَمْرُ الْمَلَائِكَةَ وَمَنْ كَانَ مَعَهُمْ ، فَدَخَلَ إِبْلِيسُ فِي الْأَمْرِ لِكُونِهِ مَعَهُمْ . قُلْنَا : قَدْ سَقَطَ اسْتِدْلَالُكُمْ ، فَإِنَّهُ مَتَى كَانَ إِبْلِيسُ ^(١٠) دَاخِلًا فِي الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ ، مَأْمُورًا بِالسُّجُودِ ، فَاسْتِثْنَاوْهُ مِنَ الْجِنْسِ ، وَهَذَا ظَاهِرٌ لِمَنْ أَنْصَفَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى قَالَ : لَهُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ إِلَّا ثَوْبًا . لَزِمَهُ الْأَلْفُ ، وَسَقَطَ الْاسْتِثْنَاءُ ، بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ ، لَكُنْ لِي عَلَيْهِ ثَوْبٌ .

الفصل الثاني : إِذَا اسْتَثْنَى عَيْنًا مِنْ وَرَقٍ ، أَوْ وَرَقًا مِنْ عَيْنٍ ، فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي صِحَّتِهِ ؛ فَذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ إِلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا . وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ

(٧) فِي ١ : « بِشَيْءٍ » .

(٨) سُورَةُ الْكَهْفِ ٥٠ .

(٩) سُورَةُ الْأَعْرَافِ ١٢ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : م .

الحَسَن . وقال ابنُ أبي موسى : فيه رَوَايَتَانِ . واختَارَ الخِرَقِيُّ صِحَّتَهُ ؛ لِأَنَّ قَدْرَ أَحَدِهِمَا مَعْلُومٌ مِنَ الْآخِرِ ، وَيُعْبَرُ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْآخِرِ ، فَإِنَّ قَوْمًا يُسَمُّونَ تِسْعَةَ دَرَاهِمَ دِينَارًا ، وَآخَرُونَ يُسَمُّونَ ثَمَانِيَةَ دَرَاهِمَ^(١١) دِينَارًا ، فَإِذَا اسْتَشْنَى أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخِرِ ، عَلِمَ أَنَّهُ أَرَادَ التَّعْيِيرَ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْآخِرِ ، فَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى دِينَارٍ إِلَّا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ ، فِي مَوْضِعٍ يُعْبَرُ فِيهِ بِالْدِينَارِ عَنْ تِسْعَةٍ ، كَانَ مَعْنَاهُ : لَهُ عَلَى تِسْعَةِ دَرَاهِمَ إِلَّا ثَلَاثَةٌ . وَمَتَى^(١٢) أُمِكنَ حَمْلُ الْكَلَامِ عَلَى وَجْهِ صَحِيحٍ ، لَمْ يَجْزِ الْعَاوُهُ ، وَقَدْ أُمِكنَ بِهَذَا الطَّرِيقِ ، فَوَجَبَ تَصْحِيحُهُ . وقال أبو الحُطَّابِ : لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالْوَرِقِ وَبَيْنَ غَيْرِهِمَا ، فَيَلْزَمُ مِنْ صِحَّةِ اسْتِثْنَاءِ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخِرِ صِحَّةُ اسْتِثْنَاءِ الثَّيَابِ وَغَيْرِهَا . وَقَدْ ذَكَرْنَا الْفَرْقَ . وَيُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَ الرَّوَايَتَيْنِ بِحَمْلِ رَوَايَةِ الصَّحَّةِ عَلَى مَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا يُعْبَرُ بِهِ عَنِ الْآخِرِ ، أَوْ يُعْلَمُ قَدْرُهُ مِنْهُ ، وَرَوَايَةِ الْبُطْلَانِ عَلَى مَا إِذَا اتَّفَقَى ذَلِكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : ولو ذَكَرَ نَوْعًا مِنْ جِنْسٍ ، وَاسْتَشْنَى / نَوْعًا آخَرَ مِنْ ذَلِكَ^(١٣) الْجِنْسِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : لَهُ عَلَى عَشْرَةِ أَصْعٍ ثَمَرًا بَرْنِيًّا ، إِلَّا ثَلَاثَةً ثَمَرًا مَعْقِلِيًّا . لَمْ يَجْزِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي^(١٤) الْفَصْلِ الْأَوَّلِ . وَيُخَالِفُ الْعَيْنَ وَالْوَرِقَ ؛ لِأَنَّ قِيَمَةَ أَحَدِ النَّوعَيْنِ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ مِنَ الْآخِرِ ، وَلَا يُعْبَرُ بِأَحَدِهِمَا عَنِ الْآخِرِ . وَيَحْتَمِلُ عَلَى قَوْلِ الخِرَقِيِّ جَوَازُهُ ؛ لِتَقَارُبِ الْمَقَاصِدِ مِنَ النَّوعَيْنِ ، فَهُمَا كَالْعَيْنِ وَالْوَرِقِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْعِلَّةَ^(١٥) الصَّحِيحَةَ فِي الْعَيْنِ وَالْوَرِقِ غَيْرُ ذَلِكَ .

فصل : فَأَمَّا اسْتِثْنَاءُ بَعْضِ مَا دَخَلَ فِي الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ ، فَجَائِزٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ عِلْمَتَاهُ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ فِي^(١٦) كَلَامِ الْعَرَبِ ، وَقَدْ جَاءَ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَلَيْتَ

(١١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٢) في ا ، ب ، م : « ومهما » .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) في الأصل ، م : « من » .

(١٥) في ب زيادة : « في » .

(١٦) سقط من : ا ، ب .

فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴿١٧﴾ . وقال : ﴿ فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ * إِلَّا إِبْلِيسَ ﴾ (١٨) . وقال النبی ﷺ في الشَّهِيدِ : « يُكَفِّرُ عَنْهُ خَطَايَاهُ كُلُّهَا إِلَّا الدِّينَ » (١٩) . وهذا في الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ كَثِيرٌ ، وفي سَائِرِ كَلَامِ الْعَرَبِ . فإذا أَقَرَّ بِشَيْءٍ ، وَاسْتَشْنَى مِنْهُ ، كَانَ مُقَرًّا بِالْبَاقِي بَعْدَ الْاسْتِثْنَاءِ ، فإذا قَالَ : لَهُ عَلَى مِائَةِ إِلَّا عَشْرَةً . كَانَ مُقَرًّا بِتِسْعِينَ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ يَمْنَعُ أَنْ يَدْخُلَ فِي اللَّفْظِ مَا لَوْلَاهُ لَدَخَلَ ، فَإِنَّهُ لَوْ دَخَلَ لَمَا (٢٠) أَمَكَّنَ إِخْرَاجَهُ ، وَلَوْ أَقَرَّ بِالْعَشْرَةِ الْمُسْتَثْنَاةِ لَمَا قَبِلَ مِنْهُ إِنْكَارُهَا . وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾ . إِنْجِبَارٌ بِتِسْعِمَائَةِ وَخَمْسِينَ ، فَلَا اسْتِثْنَاءَ بَيْنَ أَنَّ الْخَمْسِينَ الْمُسْتَثْنَاةَ غَيْرُ مُرَادَةٍ ، كَمَا أَنَّ التَّخْصِصَ بَيِّنٌ أَنَّ الْمَخْصُوصَ غَيْرُ مُرَادٍ بِاللَّفْظِ الْعَامِّ ، وَإِنْ قَالَ : (٢١) هَذِهِ الدَّارُ لِرَزِيدٍ (٢٢) إِلَّا هَذَا الْبَيْتَ . كَانَ مُقَرًّا بِمَا سِوَى الْبَيْتِ مِنْهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ (٢٣) : إِلَّا ثَلَاثَهَا ، أَوْ رُبْعَهَا . صَحَّ ، وَكَانَ مُقَرًّا بِالْبَاقِي بَعْدَ الْمُسْتَشْنَى . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : هَذِهِ الدَّارُ لَهُ ، وَهَذَا الْبَيْتُ لِي . صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْاسْتِثْنَاءِ ، لَكَوْنُهُ أَخْرَجَ بَعْضَ مَا دَخَلَ فِي اللَّفْظِ الْأَوَّلِ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدُ إِلَّا هَذَا . صَحَّ ، وَكَانَ مُقَرًّا بِمَنْ سِوَاهِ مِنْهُمْ . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا وَاحِدًا . صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَصِحُّ مَجْهُولًا ، فَكَذَلِكَ الْاسْتِثْنَاءُ مِنْهُ ، وَيُرْجَعُ فِي

(١٧) سورة العنكبوت ١٤ .

(١٨) سورة الحجر ٣٠ ، وسورة ص ٧٣ .

(١٩) أخرجه مسلم ، في : باب من قتل في سبيل الله كفرت خطاياهُ إلا الدين ، من كتاب الإمامة . صحيح مسلم ٣ / ١٥٠١ ، ١٥٠٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في ثواب الشهداء ، وباب ما جاء في من يستشهد وعليه دين ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى ٧ / ١٣٨ ، ٢٠٤ . والنسائي ، في : باب من قاتل في سبيل الله تعالى وعليه دين ، من كتاب الجهاد . المجتبى ٦ / ٢٨ - ٣٠ . والإمام مالك ، في : باب الشهداء في سبيل الله ، من كتاب الجهاد . الموطأ ٢ / ٤٦١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٣٠٨ ، ٣٣٠ ، ٣ / ٣٥٢ ، ٣٧٣ ، ٥ / ٢٩٧ ، ٣٣٠ ، ٣٠٨ ، ٣٠٤ .

(٢٠) في ب : « ما » .

(٢١-٢٢) جاء في م متأخراً بعد قوله : « المستثنى » الآتي .

(٢٢) في ا ، ب : « لى » .

تُعَيِّنِ الْمُسْتَنَى إِلَيْهِ ، لَأَنَّ الْحُكْمَ يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِمُرَادِهِ بِهِ . وَإِنْ عَيَّنَ مَنْ عَدَا الْمُسْتَنَى ، صَحَّ ، وَكَانَ الْبَاقِي لَهُ . فَإِنْ هَلَكَ الْعَبِيدُ إِلَّا وَاحِدًا ، فَذَكَرَ أَنَّهُ الْمُسْتَنَى ، قُبِلَ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يُقْبَلُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يُرْفَعُ بِهِ الْإِقْرَارُ كُلُّهُ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِهِ ^(٢٣) فِي حَيَاتِهِمْ لِمَعْنَى هُوَ مَوْجُودٌ بَعْدَ مَوْتِهِمْ ، فَقُبِلَ كَحَالَةِ حَيَاتِهِمْ ، وَلَيْسَ هَذَا رَفْعًا لِلْإِقْرَارِ ، وَإِنَّمَا تَعَدَّرَ تَسْلِيمُ الْمُقَرَّرِ بِهِ لِتَلْفِهِ ، لَا لِمَعْنَى يَرْجَعُ إِلَى التَّفْسِيرِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو عَيْنَهُ فِي حَيَاتِهِمْ ، فَتَلَفَ بَعْدَ تَعْيِينِهِ . وَإِنْ قُبِلَ الْجَمِيعُ إِلَّا وَاحِدًا ، قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِالْبَاقِي ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَإِنْ قُبِلَ الْجَمِيعُ ، فَلَهُ قِيمَةٌ أَحَدُهُمْ ، وَيَرْجَعُ فِي التَّفْسِيرِ إِلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : غَصَبْتُكَ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدَ إِلَّا وَاحِدًا . فَهَلَكُوا إِلَّا وَاحِدًا ، قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ لَهُ يَسْتَحِقُّ قِيمَةَ الْهَالِكِينَ ، فَلَا يُفْضَى التَّفْسِيرُ بِالْبَاقِي إِلَى سُقُوطِ الْإِقْرَارِ ، بِخِلَافِ التِّي قَبْلَهَا .

فصل : وَحُكْمُ الاسْتِثْنَاءِ بِسَائِرِ أَدْوَاتِهِ حُكْمُ الاسْتِثْنَاءِ بِإِلَّا ، فَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى ١٨٥/٤ عَشْرَةَ سِوَى دِرْهَمٍ ، أَوْ لَيْسَ دِرْهَمًا ، أَوْ خَلَا دِرْهَمًا ، أَوْ عَدَا دِرْهَمًا ، أَوْ مَا خَلَا / أَوْ مَا عَدَا دِرْهَمًا ، أَوْ لَا يَكُونُ دِرْهَمًا ^(٢٤) أَوْ غَيْرَ دِرْهَمٍ . يَفْتَحُ الرَّأْيَ ، كَانَ مُقَرَّرًا يَتَسَعَّى . وَإِنْ قَالَ : غَيْرَ دِرْهَمٍ ، بَضَمَ رَائِهَا ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ ، كَانَ مُقَرَّرًا بِعَشْرَةٍ ، لِأَنَّهَا تَكُونُ صِفَةً لِلْعَشْرَةِ الْمُقَرَّرِ بِهَا ، وَلَا يَكُونُ اسْتِثْنَاءً ، فَإِنَّهَا لَوْ كَانَتْ اسْتِثْنَاءً كَانَتْ مَنْصُوبَةً ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ ، لَزِمَهُ تَسَعُّ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ إِنَّمَا يُرِيدُ الاسْتِثْنَاءَ ، لَكِنَّهُ رَفَعَهَا جَهْلًا مِنْهُ بِالْعَرَبِيَّةِ ، لَا قَصْدًا لِلصَّفَةِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِالْكَلَامِ ، فَإِنْ سَكَتَ سُكُوتًا يُمْكِنُهُ

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) في الأصل ، م : « درهم » .

الكَلَامُ فيه ، أو فَصَلَ بَيْنَ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ وَالْمُسْتَشْنَى بِكَلَامٍ أُجْنِبِيٍّ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَكَتَ أَوْ عَدَلَ عَنْ إِقْرَارِهِ إِلَى شَيْءٍ آخَرَ ، اسْتَقَرَّ حُكْمُ مَا أَقَرَّ بِهِ ، فَلَمْ يَرْتَفِعْ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي كَلَامِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ ، وَيَنْتَظَرُ مَا يَتِمُّ بِهِ كَلَامُهُ ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمُ الِاسْتِثْنَاءِ وَالشَّرْطِ وَالْعَطْفِ وَالْبَدَلِ وَنَحْوِهِ .

فصل : لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ رَفَعَ بَعْضَ مَا تَنَاوَلَهُ اللَّفْظُ ، وَاسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ رَفَعَ الْكُلَّ ، فَلَوْ صَحَّ صَارَ الْكَلَامُ ^(٢٥) كَلِمَةً لَعَوًّا ^(٢٥) غَيْرَ مُفِيدٍ ، فَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى ذِرْهَمٍ وَذِرْهَمٍ إِلَّا ذِرْهَمًا . أَوْ ثَلَاثَةَ ذَرَاهِمٍ ^(٢٦) وَذِرْهَمَانِ إِلَّا ذِرْهَمَيْنِ . أَوْ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا إِلَّا نِصْفًا ، أَوْ إِلَّا ذِرْهَمًا . أَوْ خَمْسَةً وَتِسْعُونَ إِلَّا خَمْسَةً . لَمْ يَصِحَّ الِاسْتِثْنَاءُ ، وَلَرَمَهُ جَمِيعُ مَا أَقَرَّ بِهِ قَبْلَ الِاسْتِثْنَاءِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ الَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَاوَ الْعَاطِفَةَ تَجْمَعُ بَيْنَ الْعَدَدَيْنِ ، وَتَجْعَلُ الْجُمْلَتَيْنِ كَالْجُمْلَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَمَنْ أَصْلَبُنَا أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ إِذَا تَعَقَّبَ جُمْلًا مَعْطُوفًا بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ بِالْوَاوِ ، عَادَ إِلَى جَمِيعِهَا ، كَقَوْلِنَا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ ^(٢٧) إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا ﴿ ٢٧ ٢٨ ٢٩ ٣٠ ٣١ ٣٢ ٣٣ ٣٤ ٣٥ ٣٦ ٣٧ ٣٨ ٣٩ ٤٠ ٤١ ٤٢ ٤٣ ٤٤ ٤٥ ٤٦ ٤٧ ٤٨ ٤٩ ٥٠ ٥١ ٥٢ ٥٣ ٥٤ ٥٥ ٥٦ ٥٧ ٥٨ ٥٩ ٦٠ ٦١ ٦٢ ٦٣ ٦٤ ٦٥ ٦٦ ٦٧ ٦٨ ٦٩ ٧٠ ٧١ ٧٢ ٧٣ ٧٤ ٧٥ ٧٦ ٧٧ ٧٨ ٧٩ ٨٠ ٨١ ٨٢ ٨٣ ٨٤ ٨٥ ٨٦ ٨٧ ٨٨ ٨٩ ٩٠ ٩١ ٩٢ ٩٣ ٩٤ ٩٥ ٩٦ ٩٧ ٩٨ ٩٩ ١٠٠ ﴾ . إِنَّ الِاسْتِثْنَاءَ عَادَ إِلَى الْجُمْلَتَيْنِ ، فَإِذَا تَابَ الْقَاضِفُ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ . وَمِنْ ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَوْمَنَّ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي سُلْطَانِهِ ، وَلَا يُجْلِسَنَّ عَلَى تَكْرِمَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ » ^(٢٨) . وَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْوَاوَ لَمْ تُخْرِجِ الْكَلَامَ مِنْ أَنْ يَكُونَ جُمْلَتَيْنِ ، وَالِاسْتِثْنَاءُ يَرْفَعُ إِحْدَاهُمَا جَمِيعًا ، وَلَا نَظِيرَ لِهَذَا فِي كَلَامِهِمْ ، وَلِأَنَّ صِحَّةَ الِاسْتِثْنَاءِ تَجْعَلُ إِحْدَى الْجُمْلَتَيْنِ مَعَ الِاسْتِثْنَاءِ لَعَوًّا ، لِأَنَّهُ أَثْبَتَ شَيْئًا بِلَفْظٍ مُفْرَدٍ ، ثُمَّ رَفَعَهُ كُلَّهُ ، فَلَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ اسْتَشْنَى مِنْهَا وَهِيَ غَيْرُ مَعْطُوفَةٍ عَلَى بَعْضِهَا ^(٢٩) ، فَأَمَّا الْآيَةُ وَالْحَبْرُ ، فَإِنَّ الِاسْتِثْنَاءَ لَمْ يَرْفَعْ إِحْدَى

(٢٥-٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٧) سورة النور ، ٤ ، ٥ .

(٢٨) تقدم تخريجه في : ٣ / ٤٢ .

(٢٩) في ا ، ب : « غيرها » .

الْجُمْلَتَيْنِ ، إِنَّمَا أُخْرِجَ مِنَ الْجُمْلَتَيْنِ مَعًا مِنْ اتَّصَفَ بِصِفَةٍ ، فَنَظِيرُهُ مَالُو قَالَ لِلْيَوَّابِ : مَنْ جَاءَ يَسْتَأْذِنُ فَأَذِنَ لَهُ ، وَأَعْطَاهُ دِرْهَمًا ، إِلَّا فَلَانًا . وَنَظِيرُهُ مَسْأَلَتُنَا مَالُو قَالَ : أَكْرِمَ زَيْدًا وَعَمْرًا إِلَّا عَمْرًا . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمَانِ وَثَلَاثَةً إِلَّا دِرْهَمَيْنِ . لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَرْفَعُ الْجُمْلَةَ الْأُولَى كُلَّهَا ، فَأَشْبَهَ مَالُو قَالَ : أَكْرِمَ زَيْدًا وَعَمْرًا إِلَّا زَيْدًا . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى ثَلَاثَةٍ وَثَلَاثَةً إِلَّا دِرْهَمَيْنِ ، خُرِّجَ فِيهِ (٣٠) وَجْهَانِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَشْنَى أَكْثَرَ الْجُمْلَةِ الَّتِي تَلِيهِ ، وَاسْتَشْنَى الْأَكْثَرَ فَاسِيدٌ ، كَاسْتَشْنَاءِ الْكُلِّ .

فصل : وَإِنْ اسْتَشْنَى اسْتِشْنَاءً بَعْدَ اسْتِشْنَاءٍ ، وَعَطَفَ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ ، كَانَ مُضَافًا إِلَيْهِ . فَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى عَشْرَةٍ إِلَّا ثَلَاثَةً ، وَإِلَّا دِرْهَمَيْنِ . كَانَ مُسْتَشْنَى لِحُمْسَةِ مُبْقِيَا لِحُمْسَةٍ . وَإِنْ كَانَ الثَّانِي غَيْرَ مَعْطُوفٍ عَلَى الْأَوَّلِ ، كَانَ اسْتِشْنَاءً مِنَ الْاسْتِشْنَاءِ ، وَهُوَ جَائِزٌ فِي اللَّغَةِ ، قَدْ جَاءَ فِي كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى فِي قَوْلِهِ : ﴿ قَالُوا إِنَّا أُرْسِلْنَا إِلَى قَوْمٍ مُجْرِمِينَ * إِلَّا / آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ * إِلَّا أَمْرًا تَقْدَرْنَا إِنَّهَا لَمِنَ الْعَبِيرِينَ ﴾ (٣١) . فَإِذَا كَانَ صَدْرُ الْكَلَامِ إِيثَابًا ، كَانَ الْاسْتِشْنَاءُ الْأَوَّلُ نَفْيًا وَالثَّانِي إِيثَابًا ، فَإِنْ اسْتَشْنَى اسْتِشْنَاءً ثَالِثًا ، كَانَ نَفْيًا (٣٢) يَعُودُ كُلُّ اسْتِشْنَاءٍ إِلَى مَا يَلِيهِ مِنَ الْكَلَامِ ، فَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى (٣٣) عَشْرَةٍ إِلَّا ثَلَاثَةً إِلَّا دِرْهَمًا . كَانَ مُقَرَّرًا بِثَمَانِيَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ عَشْرَةً ، ثُمَّ (٣٤) نَفَى مِنْهَا ثَلَاثَةً (٣٥) وَأَثْبَتَ دِرْهَمًا ، وَبَقِيَ مِنَ الثَّلَاثَةِ الْمَنْفِيَةِ (٣٥) دِرْهَمَانِ مُسْتَشْنَيْنِ مِنَ الْعَشْرَةِ ، فَيَبْقَى مِنْهَا ثَمَانِيَةٌ ، وَسَنَزِيدُ لِهَذَا الْفَصْلِ فُرُوعًا (٣٦) فِي مَسْأَلَةِ اسْتِشْنَاءِ الْأَكْثَرِ .

(٣٠) فِي م : « فِيهَا » .

(٣١) سُورَةُ الْحَجَرِ ٥٨ - ٦٠ .

(٣٢) فِي ب زِيَادَةٌ : « بغير » .

(٣٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م ،

(٣٤ - ٣٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م ،

(٣٥) فِي الْأَصْلِ : « الْمَثْبُتَةُ » .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م ،

فصل : إذا قال : له هذه الدار هبة ، أو سُكْنَى ، أو غَارِيَّة . كان إقراراً بما أُبدل به كلامه ، ولم يكن إقراراً بالدار ؛ لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله ، فصَحَّ ، كما لو أقر بجُمْلَةٍ واستثنى بعضها . وذكر القاضي في هذا وجهها ، أنه لا يصح ؛ لأنه استثناء من غير الجنس ، وليس هذا استثناء ، إنما هذا (٣٧) بَدَل ، وهو سائغ في اللغة . ويُسمَّى هذا النوع من البَدَل الاشتِمَال ، وهو أن يُبدل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء ، كقوله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ ﴾ (٣٨) . فأبدل القتال من الشهر المُشتمِل عليه . وقال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام ، أنه قال : ﴿ وَمَا أُنْسِيهِ إِلَّا الشَّيْطَانُ أَنْ أَذْكُرَهُ ﴾ (٣٩) . أى أنساني ذكره . وإن قال : له (٤٠) هذه الدار ثلثها . أو قال : رُبْعها . صَحَّ ، ويكون مُقَرَّراً بالجزء الذى أُبدلته ، وهذا بَدَل البعض ، وليس ذلك باستثناء . ومثله قوله تعالى : ﴿ قُمْ الْلَيْلَ إِلَّا قَلِيلًا * نِصْفَهُ ﴾ (٤١) . وقوله سبحانه : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (٤٢) . ولكنه في معنى الاستثناء ، في كونه يُخْرِجُ من الكلام بعض ما يدخل فيه لَوْلَاهُ ، ويُفَارِقُهُ في أنه يجوز أن يُخْرِجَ أَكْثَرَ من النِّصْفِ (٤٣) ، وأنه يجوز إبدال الشيء من غيره إذا كان مُشتمِلاً عليه ، ألا ترى أن الله تعالى أبدل المُسْتَطِيعَ لِلْحِجِّ من الناس ، وهو أَقَلُّ من نِصْفِهِمْ ، وأبدل القتال من الشهر الحَرَامِ ، وهو غيره ؟ ومتى قال : له هذه الدار سُكْنَى أو غَارِيَّة . ثَبَتَ فيها حُكْمُ ذَلِكَ ، وله أن لا يُسْكِنَهُ إِيَّاهَا ، وأن يعود فيما أعاره .

(٣٧) في ١ ، ب : « هو » .

(٣٨) سورة البقرة ٢١٧ .

(٣٩) سورة الكهف ٦٣ .

(٤٠) سقط من : ب .

(٤١) سورة المزمل ٢ ، ٣ .

(٤٢) سورة آل عمران ٩٧ .

(٤٣) في الأصل : « الثلث » .

٨٥٠ - مسألة ؛ قال : (وَمِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ شَيْءٌ ، فَقَالَ : قَدْ كَانَ لَهُ عَلَى وَقَضِيَّتِهِ . لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِقْرَارًا)

حكى ابن أبي موسى ^(١) في هذه ^(١) المسألة روايتين ؛ إحداهما ، أن هذا ليس بإقرار . اختاره القاضي ، وقال : لم أجذ عن أحمد روايةً بغير هذا . والثانية ، أنه مقر بالحق ، مدّع لقضائه ، فعليه البيّنة بالقضاء ؛ وإلا حلف غريمه وأخذ . واختاره أبو الخطاب . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه أقر بالدين ، وادّعى القضاء ، فلم يُقبل دَعَوَاهُ ، كما لو ادّعى القضاء بكلام مُنفصل ، ولأنه رفع جميع ما أثبتّه ، فلم يُقبل ، كاستثناء الكل . وللشافعي قولان كالمذهبين . ووجه قول الخرقي ، أنه قول مُتصل ، يُمكن صِحّته ، ولا تناقض فيه ، فوجب أن يُقبل كاستثناء البعض ، وفارق المُنفصل ؛ لأنّ حكم الأول قد استقر بسكوته عليه ، فلا يُمكن رفعه بعد استقراره ، ولذلك لا يرتفع ^(٢) بعضه باستثناء ولا غيره ، فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مُجرّدة ، لا تُقبل إلا بيّنة ، وأما استثناء الكل فمُتناقض ؛ لأنه لا يُمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء .

١٨٦/٤ /فصل: وإن قال: له على مائة، وقضيتُ منها خمسين. فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال: وقضيتُها. وإن قال له إنسان: لي عليك مائة. فقال: قضيتُك منها خمسين. فقال القاضي: لا يكون مقرّاً بشيء؛ لأنّ الخمسين التي ذكر أنّه قضّاها في كلامه ما ^(٣) تمنع ^(٤) بقاءها، وهو دعوى القضاء، وباقي المائة لم يذكرها، وقوله: منها. يحتمل أن يريد بها ممّا يدّعيه، ويحتمل ممّا على، فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل. ويجيء على قول من قال بالرواية الأخرى أن ^(٥) يلزمه الخمسون التي ادّعى قضّاها؛ لأنّ في

(١-١) في ب، م: «أن في» .

(٢) في ا، ب، م: «يرفع» .

(٣) في ا، ب، م: «مما» .

(٤) في ب زيادة: «ها هنا» .

(٥) في ا: «أنه» .

ضَمِنَ دَعْوَى الْقَضَاءِ إِقْرَارًا بِأَنَّهَا كَانَتْ عَلَيْهِ ، فَلَا تُقْبَلُ دَعْوَى الْقَضَاءِ بغيرِ بَيِّنَةٍ .

فصل : وإن قال : كان له عَلَى الْف . وَسَكَتَ ، لَزِمَهُ الْإِلْفُ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَصْحَابِنَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَخَذَ قَوْلِي الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ فِي الْآخِرِ : لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ ، وَلَيْسَ هَذَا بِإِقْرَارٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ عَلَيْهِ شَيْئًا فِي الْحَالِ ، إِنَّمَا أَخْبَرَ بِذَلِكَ ^(٦) فِي زَمَنِ مَاضٍ ، فَلَا يَثْبُتُ فِي الْحَالِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِهِ لَمْ يَثْبُتْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَقَرَّ بِالْوُجُوبِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَا يَرْفَعُهُ ، فَبَقِيَ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَلِهَذَا لَوْ تَنَازَعَا دَارًا ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِلْآخِرِ أَنَّهَا كَانَتْ مِلْكَهُ ، حُكِمَ بِهَا لَهُ ، إِلَّا أَنَّهُ هَهُنَا إِنْ عَادَ فَأَدْعَى الْقَضَاءَ أَوْ الْإِبْرَاءَ ، سَمِعَتْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَ إِقْرَارِهِ وَبَيْنَ مَا يَدْعِيهِ .

فصل : وإن قال : له عَلَى الْف ، قَضَيْتُهُ إِيَّاهَا . لَزِمَهُ الْإِلْفُ ، وَلَمْ تُقْبَلْ دَعْوَى الْقَضَاءِ . وَقَالَ الْقَاضِي : تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ رَفَعَ مَا أَثْبَتَهُ بِدَعْوَى الْقَضَاءِ مُتَّصِلًا ، فَأَشْبَهَ مَالُو قَالَ : كَانَ لَهُ ^(٧) عَلَى ، وَقَضَيْتُهُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : إِنْ قَالَ : قَضَيْتُ جَمِيعَهُ . لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَلَزِمَهُ مَا أَقَرَّ بِهِ ، وَلَهُ الْيَمِينُ عَلَى الْمُقِرِّ لَهُ . وَلَوْ قَالَ : قَضَيْتُ بَعْضَهُ . قُبِلَ مِنْهُ ، فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ رَفَعَ بَعْضَ مَا أَقَرَّ بِهِ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، فَأَشْبَهَ مَالُو اسْتِثْنَاهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ : قَضَيْتُ جَمِيعَهُ . لِكَوْنِهِ رَفَعَ جَمِيعَ مَا هُوَ ثَابِتٌ ، فَأَشْبَهَ اسْتِثْنَاءَ الْكُلِّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا قَوْلٌ مُتَنَاقِضٌ ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ الْإِلْفُ قَدْ قَضَاهُ ، فَإِنْ كَوْنَهُ عَلَيْهِ يَقْتَضِي بَقَاءَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَاسْتِحْقَاقُ مُطَالَبَتِهِ بِهِ ، وَقَضَاؤُهُ يَقْتَضِي بَرَاءَةَ ذِمَّتِهِ مِنْهُ ، وَتَحْرِيمُ مُطَالَبَتِهِ بِهِ ، وَالْإِقْرَارُ بِهِ يَقْتَضِي ثُبُوتَهُ ، وَالْقَضَاءُ يَقْتَضِي رَفْعَهُ ، وَهَذَا ضِدٌّ لَا يُتَصَوَّرُ اجْتِمَاعُهُمَا فِي زَمَنِ وَاحِدٍ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ : كَانَ لَهُ عَلَى ، وَقَضَيْتُهُ . فَإِنَّهُ أَخْبَرَ بِهِمَا فِي زَمَانَيْنِ ، وَيُمَكِّنُ أَنْ يَرْفَعَ مَا كَانَ ثَابِتًا ، وَيَقْضِي مَا كَانَ دَيْنًا ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ هَذَا فِي الْجَمِيعِ ، لَمْ يَصِحَّ فِي الْبَعْضِ ؛ لِاسْتِحْوَاجِ بَقَاءِ الْإِلْفِ عَلَيْهِ وَقَدْ ^(٨) قَضَى بَعْضَهُ ،

(٦-٦) ق م : « فجاز في » .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقطت الواو من : أ .

وَيُقَارِقُ الِاسْتِثْنَاءَ ؛ فَإِنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مَعَ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ عِبَارَةٌ عَنِ الْبَاقِي مِنَ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ ،
 ١٨٦/٤ ظ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَلَيْتَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾ ^(٩) . / عِبَارَةٌ عَنِ تَسْعِمَاةٍ
 وَخَمْسِينَ . أَمَّا الْقَضَاءُ فَإِنَّمَا يَرْفَعُ جُزْءًا كَانَ ثَابِتًا ، فَإِذَا ارْتَفَعَ بِالْقَضَاءِ لَا يَجُوزُ التَّعْيِيرُ
 عَنْهُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى الْبَقَاءِ .

فصل ^(١٠) : وَإِنْ وَصَلَ إِقْرَارُهُ بِمَا يُسْقِطُهُ ، فَقَالَ : لَهُ عَلَى أَلْفٍ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ
 خِنْزِيرٍ ، أَوْ مِنْ ثَمَنِ طَعَامٍ اشْتَرَيْتَهُ فَهَلَكَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، أَوْ ثَمَنِ مَبِيعٍ فَاسِدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ ، أَوْ
 تَكَلَّفْتُ بِهِ عَلَى أُنْثَى بِالْخِيَارِ . لَرِمَهُ الْأَلْفُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي إِسْقَاطِهِ . ذَكَرَهُ أَبُو
 الْحَطَّابِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَحَدُ ^(١١) قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِذَا قَالَ :
 لَهُ عَلَى أَلْفٍ زُبُوفٌ . فَفَسَّرَهُ ^(١٢) بِرِصَاصٍ أَوْ نُحَاسٍ ، لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ رَفَعَ كُلَّ مَا اعْتَرَفَ
 بِهِ . وَقَالَ فِي سَائِرِ الصُّوَرِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَزَا إِقْرَارَهُ إِلَى سَبَبِهِ ، فَقَبِلَ ،
 كَالْوَعَاةِ إِلَى سَبَبٍ صَحِيحٍ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا يُنَاقِضُ مَا أَقَرَّ بِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَالصُّورَةِ الَّتِي
 سَلَّمَهَا ، وَكَأَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى أَلْفٍ لَا يَلْزُمُنِي . أَوْ يَقُولُ : دَفَعَ جَمِيعَ مَا أَقَرَّ بِهِ . فَلَمْ
 يُقْبَلْ ، كَاسْتِثْنَاءِ الْكُلِّ . وَغَيْرُ خَافٍ تَنَاقُضُ كَلَامِهِ ؛ فَإِنَّ ثُبُوتَ أَلْفٍ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ
 الْمَوَاضِعِ لَا يُتَصَوَّرُ ، وَإِقْرَارُهُ إِخْبَارٌ بِثُبُوتِهِ ، فَيَتَنَافِيانِ ، وَإِنْ سَلَّمَ ثُبُوتَ الْأَلْفِ عَلَيْهِ فَهُوَ
 مَا قُلْنَاهُ .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُ الْمُقَرَّرِ عَنْ إِقْرَارِهِ ، إِلَّا فِيمَا كَانَ حَدًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، يُدْرَأُ
 بِالشُّبُهَاتِ ، وَيُحْتَاطُ لِإِسْقَاطِهِ . فَأَمَّا حُقُوقُ الْآدَمِيِّينَ ، وَحُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى الَّتِي لَا تُدْرَأُ
 بِالشُّبُهَاتِ ^(١٣) ، كَالرَّكَاءَةِ وَالْكَفَّارَاتِ ، فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَنْهَا . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

(٩) سورة العنكبوت ١٤ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) في الأصل ، ١ : « وهو أحد » .

(١٢) في ١ ، ب : « وفسره » .

(١٣) سقط من : ب .

فإذا قال : هذه الدار لزيد ، لابل لعمرى . أو ادعى زيد على ميت شيئا معيناً من تركته ، فصَدَّقَهُ ابنه ، ثم ادَّعاه عمرو ، فصَدَّقَهُ ، حَكِمَ به لزيد ، وَرَجَبَتْ عليه غَرَامَتُهُ لعمرى . وهذا ظاهر أحد قولَي الشافعي . وقال في الآخر : لا يَغْرُمُ لعمرى شيئا . وهو قول أبى حنيفة ؛ لأنه أَقَرَّ له بما عليه الإقرار به ، وإنَّما مَنَعَهُ الحُكْمُ من قبوله ، وذلك لا يُوجِبُ الضَّمانَ . ولنا ، أَنَّهُ حال بين عمرو وبين ملكه الذى أَقَرَّ له به بإقراره لغيره ، فَلَزِمَهُ غُرْمُهُ ، كما لو شهد رجلان على آخر بإعتاق عبده ، ثم رجعا عن الشهادة ، أو كما لو رمى به إلى البحر ^(١٤) ، ثم أَقَرَّ به . وإن قال : غَصِبْتُ هذه الدار من زيد ، لابل من عمرو . أو غَصِبْتُها من زيد ، وغَصَبَهَا زيد من عمرو . حَكِمَ بها لزيد ، وَلَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا إليه ، وَيَغْرُمُهَا لعمرى . وبهذا قال أبو حنيفة . وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال في الآخر : لا يَضْمَنُ ، لما تَقَدَّمَ . ولنا ، أَنَّهُ أَقَرَّ بالعصبِ الموجِبِ للضَّمانِ والرَّدِّ إلى المعصوبِ منه ، ثم لم يَرُدَّ ما أَقَرَّ بِعَصْبِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ ^(١٥) ، كما لو تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تعالى . قال أحمد ، في رواية ابن منصور ، في رجل قال لرجل : استودعتك هذا الثوب . قال : صدقت ، ثم قال : استودعني رجُل آخر . فالثوب للأول ، وَيَغْرُمُ قِيَمَتَهُ للآخر . ولا فَرْقُ في هذا الفصل بين أن يكون إقراره بكلام متصِّل أو مُنْفَصِل .

فصل : فإن قال : غَصِبْتُ هذه الدار من زيد ، وملكها لعمرى . لَزِمَهُ دَفْعُهَا إلى زيد ؛ لإقراره له بأنَّها كانت في يده ، وهذا يَقْتَضِي كَوْنَهَا في يده بِحَقِّ / ، وملكها لعمرى لا يُنافي ذلك ؛ لأنها يجوز أن تكون في يد زيد بإجارة أو عارية أو وصية ، ولا يَغْرُمُ لعمرى شيئا ؛ لأنه لم يكن منه تَفْرِيطٌ . وفارق هذا ما إذا قال : هذه الدار ^(١٦) لزيد ، بل لعمرى ؛ لأنه أَقَرَّ للثاني بما أَقَرَّ به للأول ، فكان الثاني رَجوعاً عن الأول ؛ لَتَعَارُضِهِمَا ، وهُنَا لا تَعَارُضُ بين إقراريه . وإن قال : ملكها لعمرى ، وغَصِبْتُهَا ^(١٧) من زيد .

(١٤) في ١ ، ب ، م ، « في » .

(١٥) في ب ، م ، « ضمان » .

(١٦) سقط من : ١ ، ب .

(١٧) في ١ ، ب ، م ، « وغصبها » .

فكذلك لا فرق بين التَّقْدِيمِ والتَّأْخِيرِ والمُتَّصِلِ والمُنْفَصِلِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَقِيلَ :
يَلْزِمُهُ دَفْعُهَا إِلَى عَمْرٍو ، وَيَعْرُضُهَا لِزَيْدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْرَبَهَا لِعَمْرٍو أَوَّلًا ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالْيَدِ
لِزَيْدٍ . وَهَذَا وَجْهٌ حَسَنٌ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . وَلَوْ قَالَ : هَذَا الْأَلْفُ
دَفْعُهُ إِلَى زَيْدٍ ، وَهُوَ لِعَمْرٍو . أَوْ قَالَ : هُوَ لِعَمْرٍو وَدَفْعُهُ ^(١٨) إِلَى زَيْدٍ . فَكَذَلِكَ ، عَلَى مَا
مَضَى مِنَ الْقَوْلِ فِيهِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : غَضَبْتُهَا مِنْ أَحَدِهِمَا . أَوْ هِيَ لِأَحَدِهِمَا . صَحَّ الْإِقْرَارُ ؛ لِأَنَّهُ
يَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ ، فَيَصِحُّ لِلْمَجْهُولِ ، ثُمَّ يُطَالَبُ ^(١٩) بِالْبَيَانِ ، فَإِنْ عَيَّنَ أَحَدَهُمَا دُفِعَتْ
إِلَيْهِ ، وَيَحْلِفُ لِالْآخَرِ إِنْ ادَّعَاهَا ، وَلَا يَعْرُضُ لَهُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْرَرْهُ بِشَيْءٍ . وَإِنْ قَالَ : لَا
أَعْرِفُهُ عَيْنًا . فَصَدَّقَاهُ ، تُرِعَتْ مِنْ يَدِهِ ، وَكَانَا خَصْمَيْنِ فِيهَا ، وَإِنْ كَذَّبَاهُ فَعَلِيهِ الْيَمِينَ أَنَّهُ
لَا يَعْلَمُ ، وَتُنَزَّعُ مِنْ يَدِهِ . فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ،
أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ حَلَفَ ، وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ . وَإِنْ بَيَّنَّ الْغَاصِبُ بَعْدَ ذَلِكَ
مَالِهَا ، قُبِلَ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ بَيَّنَّهُ ابْتِدَاءً . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ
الْمَغْصُوبُ مِنْهُ ، تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ لَمْ يَغْصِبْهُ ، فَإِنْ حَلَفَ
لِأَحَدِهِمَا ، لَزِمَهُ دَفْعُهَا إِلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجْرِي مَجْرَى تَعْيِينِهِ ، وَإِنْ تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينَ
^(٢٠) لَهَا جَمِيعًا ، فَسَلَّمَتْ إِلَى أَحَدِهِمَا بِقُرْعَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، لَزِمَهُ غُرْمُهَا لِلْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ تَكَلَّمَ عَنِ
يَمِينٍ ^(٢٠) تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ ، فَقَضِيَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَاهَا وَخَذَهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ عَبْدَانِ ، فَقَالَ : أَحَدُ هَذَيْنِ ^(٢١) لِزَيْدٍ . طُولِبَ بِالْبَيَانِ ،
فَإِذَا ^(٢٢) عَيَّنَ أَحَدَهُمَا فَصَدَّقَهُ زَيْدٌ أَخَذَهُ . وَإِنْ قَالَ : هَذَا لِي ، وَالْعَبْدُ الْآخَرُ لِزَيْدٍ فَعَلِيهِ

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « وَوَدِيعَةٌ » .

(١٩) فِي م : « وَيُطَالَبُ » .

(٢٠-٢٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢١) فِي ب زِيَادَةٌ : « الْعَبْدَيْنِ » .

(٢٢) فِي ب ، م : « فَإِنْ » .

الْيَمِينُ فِي الْعَبْدِ الَّذِي يُنْكِرُهُ . وَإِنْ قَالَ زَيْدٌ : إِنَّمَا لِيَ الْعَبْدُ الْآخَرُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقْرِرِّ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْعَبْدِ الَّذِي يُنْكِرُهُ ، وَلَا يَدْفَعُ إِلَى زَيْدِ الْعَبْدِ الْمُقْرِرِّ بِهِ وَلَكِنْ^(٢٣) يُقَرُّ فِي يَدِ الْمُقْرِرِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ بِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، يُنَزَّعُ مِنْ يَدِهِ ، لِاعْتِرَافِهِ بِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، وَيَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالِكَ لَهُ مَعْرُوفٌ ، فَأَشْبَهَ مِيرَاثَ مَنْ لَا يُعْرِفُ وَارِثَهُ . فَإِنْ أَبَى التَّعْيِينَ ، فَعَيْنُهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، وَقَالَ : هَذَا عَبْدِي . طُولِبَ بِالْجَوَابِ ، فَإِنْ أَتَكَرَّ حَلَفَ ، وَكَانَ بِمَنْزِلَةِ تَعْيِينِهِ لِلْآخَرِ ، وَإِنْ تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ قُضِيَ^(٢٤) عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ لَهُ ، فَهُوَ كَتَعْيِينِهِ .

فصل : ولو أقر لرجل عبداً ، ثم جاءه به ، فقال : هذا الذي أقررت به . فقال : ليس هو هذا ، إنما هو آخر . فعلى المقر اليمين أنه ليس له عنده سواه ، ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر له ؛ لأنه لا يدعيه . وإن قال : هذا لي ، ولي عندك آخر . سلم إليه هذا ، وحلف له على نفي الآخر . وكل من أقر لرجل بمال^(٢٥) ، فكذبته ، بطل إقراره ؛ لأنه لا يثبت للإنسان ملك لا يعترف به . وفي المال وجهان ؛ أحدهما ، يترك في يد المقر^(٢٦) ؛ لأنه كان محكوماً له به ، فإذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه . والثاني ، يؤخذ إلى / بيت المال ؛ لأنه لم يثبت له مال^(٢٧) . وقيل : يؤخذ فيحفظ حتى يظهر ماله ؛ لأنه لا يدعيه أحد . ومذهب الشافعي مثل هذا . فإن عاد أحدهما فكذب نفسه ، دفع إليه ؛ لأنه يدعيه ، ولا منازع له فيه ، وإن كذب كل واحد منهما نفسه ، رجع المقر عن إقراره ، وأدعاه المقر له ، فإن كان باقياً في يد المقر ، فالقول قوله مع يمينه ، كما لو لم يُقرَّ به لغيره ، وإن كان معدوماً بتلف أو إباق ونحوه ، بغير تعدد من أحدهما ، فلا شيء فيه من يمين ولا غيرها ، وإن كان بتعد من أحدهما ، فالقول فيه قول

(٢٣) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٢٤) في ب ، م ، : يقضى .

(٢٥) في م : بملك .

(٢٦) في ب زيادة : له .

(٢٧) في م : ملك .

المُقَرَّر مع يمينه ، كما لو كان باقياً . فإذا حَلَف ، سَقَطَ عنه الضَّمَانُ ، إن كان تَلَفَهُ بِتَعَدُّيه ، وَوَجَبَ لَهُ (٢٨) الضَّمَانُ عَلَى الْآخَرِ ، إن كان تَلَفَهُ بِتَعَدُّ مِنْهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٨٥١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَقَرَّ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ، ثُمَّ سَكَتَ سُكُوتًا يُمْكِنُهُ الْكَلَامُ فِيهِ ، ثُمَّ قَالَ زُبُوفًا أَوْ صِغَارًا أَوْ إِلَى شَهْرٍ . كَانَتْ عَشْرَةُ جِيَادًا وَاقِيَةً حَالَةً)

وَجُمِلَتْ أَنْ مَنْ أَقَرَّ بِدَرَاهِمٍ ، وَأُطْلِقَ ، اقْتَضَى إِقْرَارُهُ الدَّرَاهِمَ الْوَاقِيَةَ ، وَهِيَ دَرَاهِمُ الْإِسْلَامِ ، كُلُّ عَشْرَةٍ مِنْهَا وَزْنُ سَبْعَةِ مَنَاقِيلَ ، وَكُلُّ دِرْهَمٍ سِتَّةُ دَوَانِقَ ، وَاقْتَضَى أَنْ تَكُونَ جِيَادًا ، حَالَةً ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ، وَأُطْلِقَ ، فَإِنَّهَا تَلَزُمُهُ كَذَلِكَ . فَإِذَا سَكَتَ سُكُوتًا يُمْكِنُهُ الْكَلَامُ فِيهِ ، أَوْ أَخَذَ فِي كَلَامٍ غَيْرِ مَا كَانَ فِيهِ ، اسْتَقَرَّتْ عَلَيْهِ كَذَلِكَ . فَإِنْ عَادَ ، فَقَالَ : زُبُوفًا . يَعْنِي رَدِيئَةً . أَوْ صِغَارًا . وَهِيَ الدَّرَاهِمُ النَاقِصَةُ ، مِثْلُ دَرَاهِمِ طَبَرِيَّةَ ، كَانَ كُلُّ دِرْهَمٍ مِنْهَا أَرْبَعَةُ دَوَانِقَ ، وَذَلِكَ ثَلَاثًا دِرْهَمٍ . أَوْ إِلَى شَهْرٍ . يَعْنِي مُوَحَّلَةً ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ عَنْ بَعْضِ مَا أَقَرَّ بِهِ ، وَيَرْفَعُهُ بِكَلَامٍ مُنْفَصِلٍ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَالِاسْتِثْنَاءِ الْمُنْفَصِلِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْإِقْرَارِ بِهَا دَيْنًا ، أَوْ وَدِيعَةً ، أَوْ غَضَبًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْعَصَبِ وَالْوَدِيعَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ (١) بِفِعْلٍ فِي غَيْرِهِ ، وَذَلِكَ لَا يَقْتَضِي سَلَامَتَهَا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَقَرَّ بِعَصَبِ عَبْدٍ ، ثُمَّ جَاءَ بِهِ مَعِيًّا . وَلَنَا ، أَنْ إِطْلَاقَ الْأَسْمِ يَقْتَضِي الْوَاقِئَةَ الْجِيَادَ ، فَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ بِمَا يُخَالِفُ ذَلِكَ ، كَالدَّيْنِ ، وَيُفَارِقُ الْعَبْدَ ؛ فَإِنَّ الْعَيْبَ لَا يَمْنَعُ إِطْلَاقَ اسْمِ الْعَبْدِ عَلَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ وَصَفَهَا بِذَلِكَ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، أَوْ سَكَتَ لِلتَّنْفِيسِ ، أَوْ اعْتَرَضَتْهُ سُعْلَةٌ ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، ثُمَّ وَصَفَهَا بِذَلِكَ ، أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ ، قَبْلَ مِنْهُ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلْ مِنْهُ التَّأْجِيلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى دَرَاهِمٍ قَضِيَّتُهُ إِيَّاهَا . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِالنَّاقِصَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ

(٢٨) سقط من : ا ، ب .

(١) في م : « أقر » .

ناقصة . قِيلَ قَوْلُهُ . وَإِنْ قَالَ : صِعَارًا .^(٢) ولِلنَّاسِ دِرَاهِمُ صِعَارًا ، قِيلَ قَوْلُهُ أَيْضًا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ دِرَاهِمُ صِعَارًا^(٣) لَزِمَهُ وَازِنَةٌ ، كَمَا لَوْ قَالَ : دُرَيْهَمٌ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ وَازِنٌ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاصِ^(٤) مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فَسَّرَ كَلَامَهُ بِمَا يَحْتَمِلُهُ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، فَقِيلَ مِنْهُ ، كَاسِئْتَاءِ الْبَعْضِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ يُعَبَّرُ بِهَا عَنِ الْوَازِنَةِ وَالنَّاقِصَةِ ، وَالزُّيُوفِ وَالْجَيِّدَةِ ، وَكَوْنُهَا عَلَيْهِ يَحْتَمِلُ الْحُلُولَ وَالتَّأْجِيلَ ، فَإِذَا وَصَفَهَا بِذَلِكَ ، / ١٨٨/٤
تَقَيَّدَتْ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَصَفَ الثَّمَنَ بِهِ ، فَقَالَ : بِعْتُكَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ^(٥) ، مُوَجِّلَةً نَاقِصَةً . وَثُبُوتُهَا عَلَى غَيْرِ هَذِهِ الصِّفَةِ حَالَةَ الْإِطْلَاقِ ، لَا يَمْنَعُ مِنْ صِحَّةِ تَقْيِيدِهَا بِهِ ، كَالثَّمَنِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ التَّأْجِيلَ يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَهَا . لَيْسَ بِصَحِيحٍ ، وَإِنَّمَا يُؤَخِّرُهُ ، فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ الْمُوَجِّلَ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الدَّرَاهِمَ ثَبَّتُ فِي الذِّمَّةِ عَلَى هَذِهِ الصِّفَاتِ ، فَإِذَا كَانَتْ ثَابِتَةً بِهَذِهِ الصِّفَةِ ، لَمْ تَقْتَضِ الشَّرِيعَةُ الْمُطَهَّرَةَ سَدَّ بَابِ الْإِقْرَارِ بِهَا عَلَى صِفَتِهَا . وَعَلَى مَا ذَكَرُوهُ ، لَا سَبِيلَ لَهُ إِلَى الْإِقْرَارِ بِهَا إِلَّا عَلَى وَجْهِ يُؤَاخَذُ بِغَيْرِ مَا هُوَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، فَيَفْسُدُ بَابُ الْإِقْرَارِ . وَقَوْلُ مَنْ قَالَ : إِنْ قَوْلُهُ : « صِعَارًا » يَنْصَرِفُ إِلَى الْمِقْدَارِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مِسَاحَةَ الدَّرَاهِمِ^(٦) لَا تُعْتَبَرُ فِي الشَّرْعِ وَلَا تُثَبَّتُ فِي الذِّمَّةِ بِمِسَاحَةِ مُقَدَّرَةٍ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ^(٧) الصَّغَرُ وَالْكِبَرُ^(٨) فِي الْوَزْنِ ، فَيُرْجَعُ إِلَى تَفْسِيرِ الْمُقَرَّرِ ، فَأَمَّا إِنْ قَالَ : زُيُوفًا . وَفَسَّرَهَا بِمَعْشُوشَةٍ ، أَوْ مَعِيَّةٍ عَيْنًا يَنْقُصُهَا ، قِيلَ تَفْسِيرُهُ ، وَإِنْ فَسَّرَهَا بِنُحَاسٍ أَوْ رِصَاصٍ ، أَوْ مَا لَا قِيَمَةَ لَهُ ، لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ تِلْكَ لَيْسَتْ دَرَاهِمَ عَلَى الْحَقِيقَةِ ، فَيَكُونُ تَفْسِيرُهُ بِهِ رُجُوعًا عَمَّا أَقَرَّ بِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَاسِئْتَاءِ الْكُلِّ .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ بِدَرَاهِمٍ وَأُطْلِقَ ، فِي بَلَدٍ أَوْزَانُهُمْ نَاقِصَةٌ ، كَطَبْرِيَّةَ ، كَانَ دِرْهَمُهُمْ

(٢-٢) سقط من : ب ، م .

(٣) أَبُو الْعَبَّاسِ أَحْمَدُ بْنُ أَبِي أَحْمَدَ الطَّبْرِيُّ ، ابْنُ الْقَاصِ ، إِمَامُ الشَّافِعِيَّةِ فِي عَصْرِهِ . تَوَفَّى سَنَةَ خَمْسٍ وَثَلَاثِينَ وَثَلَاثِمِائَةٍ ، بِطَبُوسَ . طَبَقَاتُ الشَّافِعِيَّةِ الْكُبْرَى ٣ / ٥٩-٦٣ .

(٤) فِي ب : « الدَّرَاهِمُ » .

(٥) فِي أ : « الدَّرْهَمُ » .

(٦-٦) فِي أ : « الصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ » .

أَرْبَعَةَ دَوَانِيقَ ، وَخَوَارِزْمَ كَانَ دِرْهَمُهُمْ أَرْبَعَةَ دَوَانِيقَ وَنِصْفًا ، وَمَكَّةَ دِرْهَمُهُمْ نَاقِصٌ ، وَكَذَلِكَ الْمَغْرِبُ ، أَوْ فِي بَلَدِ دَرَاهِمُهُمْ مَعْشُوشَةٌ ، كِمِصْرَ وَالْمَوْصِلَ ، ^(٧) أَوْ بَدَنانِيرَ فِي بَلَدِ دَنانِيرُهُمْ مَعْشُوشَةٌ ^(٨) . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَوَّلُهُمَا ، يَلْزِمُهُ مِنْ دَرَاهِمِ الْبَلَدِ وَدَنانِيرِهِ ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ كَلَامِهِمْ يُحْمَلُ عَلَى عَرَفِ بَلَدِهِمْ ، كَمَا فِي الْبَيْعِ وَالْإِثْمَانِ . وَالثَّانِي ، تَلْزِمُهُ الْوَازِنَةُ الْحَالِصَةُ مِنَ الْعِشِّ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الدَّرَاهِمِ فِي الشَّرْعِ يَنْصَرِفُ إِلَيْهَا ، بِدَلِيلِ أَنَّ بَهَا تَقْدِيرٌ ^(٩) نُصِبَ الزَّكَاةُ وَمَقَادِيرُ الدِّيَّاتِ ، فَكَذَلِكَ إِطْلَاقُ الشَّخْصِ . وَفَارَقَ الْبَيْعَ ؛ فَإِنَّهُ إِيجَابٌ فِي الْحَالِ ، فَاخْتَصَّ بِدَرَاهِمِ الْمَوْضِعِ الَّذِي هُمَا فِيهِ ، وَالْإِقْرَارُ إِنْخَبَارٌ عَنْ حَقٍّ سَابِقٍ ، فَانْصَرَفَ إِلَى دَرَاهِمِ الْإِسْلَامِ .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ بِدَرَاهِمٍ ، وَأُطْلِقَ ، ثُمَّ فَسَّرَهَا بِسَكَّةِ الْبَلَدِ الَّذِي أَقَرَّ بِهَا فِيهِ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ فَسَّرَهَا بِسَكَّةٍ غَيْرِ سَكَّةِ الْبَلَدِ أَجَوَدَ مِنْهَا ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا هُوَ أَغْلَظُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ مِثْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّهَمُ فِي ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَتْ أَدْنَى مِنْ سَكَّةِ الْبَلَدِ ، لَكِنَّهَا مُسَاوِيَةٌ فِي الْوِزْنِ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهَا يَقْتَضِي دَرَاهِمَ الْبَلَدِ وَتَقْدَهُ ، فَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ دُونُهَا ، كَمَا لَا يُقْبَلُ فِي الْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهَا نَاقِصَةُ الْقِيَمَةِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهَا بِهَا ، كَالنَّاقِصَةِ وَزْنًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ مَا فَسَّرَهُ بِهِ . وَفَارَقَ النَّاقِصَةَ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الشَّرْعِ الدَّرَاهِمَ ، لَا يَتَنَاوَلُهَا ، بِخِلَافِ هَذِهِ ، وَلِهَذَا يَتَعَلَّقُ بِهِذِهِ مِقْدَارُ النَّصَابِ فِي الزَّكَاةِ وَغَيْرِهِ ، وَفَارَقَ الشَّمْنَ ؛ فَإِنَّهُ إِيجَابٌ فِي الْحَالِ ، وَهَذَا إِنْخَبَارٌ عَنْ حَقٍّ سَابِقٍ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ كَبِيرٍ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ مِنَ دَرَاهِمِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّهُ كَبِيرٌ فِي الْعُرْفِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمِهِمْ . فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ : دِرْهَمٌ ؛ لِأَنَّ التَّصْغِيرَ قَدْ يَكُونُ

(٧-٧) سقط من : ب ، م .

(٨) في الأصل ، ١ : « يقدر » .

لِصِغَرِهِ فِي ذَاتِهِ ، أَوْ لِقِلَّةِ قَدْرِهِ عِنْدَهُ وَتَحْقِيرِهِ ، وَقَدْ يَكُونُ لِمَحَبَّتِهِ كَمَا قَالَ الشَّاعِرُ ^(٩) :

بِذِيَالِكَ الْوَادِي أَهِيْمٌ وَلَمْ أَقُلْ بِذِيَالِكَ الْوَادِي وَذِيَاكَ مِنْ زُهْدٍ
وَلَكِنْ إِذَا مَا حُبُّ شَيْءٍ تَوَلَّعْتُ بِهِ أَحْرَفُ التَّصْغِيرِ مِنْ شِدَّةِ الْوَجْدِ

١٨٨/٤ ظ

وإن قال : له عَلَى عَشْرَةِ دَرَاهِمَ عَدَدًا . لَزِمَتْهُ عَشْرَةُ مَعْدُودَةٍ وَارِثَةٍ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الدَّرَاهِمِ يَفْتَضِي وَارِثَةً ، وَذِكْرُ الْعَدَدِ لَا يَنَافِيهَا ، فَوَجَبَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا . فَإِنْ كَانَ فِي بَلَدٍ يَتَعَامَلُونَ بِهَا عَدَدًا مِنْ غَيْرِ وَزْنٍ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَالٍ أَقْرَبَ بِهَا فِي بَلَدٍ أَوْزَانُهُمْ نَاقِصَةٌ ، أَوْ دَرَاهِمُهُمْ مَعْشُوشَةٌ ، عَلَى مَا فَصَّلَ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا أَقْرَبَ دِرْهَمٍ ، ثُمَّ أَقْرَبَ دِرْهَمٍ ، لَزِمَهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْزِمُهُ دِرْهَمَانِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ وَدِرْهَمٍ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْإِقْرَارُ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي أَوْقَاتٍ ، أَوْ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ أَوْ مَجَالِسٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَدَرُ كَرَّرِ الْحَبْرِ عَنِ الْأَوَّلِ ، كَمَا كَرَّرَ ^(١٠) اللَّهُ تَعَالَى الْحَبْرَ عَنْ إِرْسَالِهِ نُوحًا وَهُودًا وَصَالِحًا وَلُوطًا وَشُعَيْبًا وَإِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى ، وَلَمْ يَكُنِ الْمَذْكُورُ فِي قِصَّةٍ غَيْرِ الْمَذْكُورِ فِي أُخْرَى ، كَذَا هَهُنَا . فَإِنْ وَصَفَ أَحَدَهُمَا وَأُطْلِقَ الْآخَرَ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ ^(١١) أَنْ يَكُونَ الْمُطْلَقُ هُوَ الْمَوْصُوفُ ، أُطْلِقَهُ فِي حَالٍ وَوَصَفَهُ فِي حَالٍ . وَإِنْ وَصَفَهُ بِصِفَةٍ وَاحِدَةٍ فِي الْمَرَّتَيْنِ ، كَانَ تَأْكِيدًا لَمَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ وَصَفَهُ فِي إِحْدَى الْمَرَّتَيْنِ بِغَيْرِ مَا وَصَفَهُ فِي الْأُخْرَى ، فَقَالَ : دِرْهَمٌ مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ . ثُمَّ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ مِنْ قَرْضٍ ، أَوْ دِرْهَمٌ مِنْ ثَمَنِ ثَوْبٍ . ثُمَّ قَالَ : دِرْهَمٌ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ . أَوْ قَالَ : دِرْهَمٌ أَيْيُضُ ، ثُمَّ قَالَ : دِرْهَمٌ أَسْوَدُ . فَهُمَا دِرْهَمَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَعَايِرَانِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ وَدِرْهَمٍ . أَوْ دِرْهَمٌ فِدِرْهَمٍ . أَوْ دِرْهَمٌ ثُمَّ دِرْهَمٌ .

(٩) لم نتهد إلى نسبة البيتين .

(١٠) في الأصل : « ذكر » .

(١١) في ١ ، ب ، م : « لا يجوز » .

لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ . وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه . وذكر القاضي وجهها ، فيما إذا قال : دِرْهَمٌ فِدْرَهَمٌ . وقال : أَرَدْتُ : دِرْهَمٌ فِدْرَهَمٌ لَزِمَ لِي . أَنَّهُ يُقْبَلُ مِنْهُ ، وهو قول الشافعي ؛ لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الصِّفَةَ . ولنا ، أَنَّ الْفَاءَ أَحَدُ حُرُوفِ الْعَطْفِ الثَّلَاثَةِ ، فَأُشْبِهَتْ الْوَائِيَّةُ ، وَلَأَنَّهُ عَطَفَ شَيْئًا عَلَى شَيْءٍ بِالْفَاءِ ، فَاقْتَضَى ثُبُوتَهُمَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ فَطَالِقٌ . وقد سَلَّمَهُ الشَّافِعِيُّ . وما ذَكَرُوهُ مِنْ اِحْتِمَالِ الصِّفَةِ بَعِيدٌ ، لَا يُفْهَمُ حَالَةَ الْإِطْلَاقِ ، فَلَا يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِهِ ، كَمَا لَوْ فُسِّرَ الدَّرَاهِمُ الْمُطْلَقَةُ بِأَنَّهَا زَيْتُوفٌ أَوْ صِغَارٌ أَوْ مُوَجَّلَةٌ . وإن قال : له عَلَى دِرْهَمٍ وَدِرْهَمَانِ . لَزِمَتْهُ ثَلَاثَةٌ . وإن قال : له عَلَى دِرْهَمٍ وَدِينَارٍ ، أَوْ فِدِينَارٍ ، أَوْ قَفِيزٍ حِنْطَةٍ . ونحو ذلك ، لَزِمَهُ ذَلِكَ كُلُّهُ . وإن قال : له عَلَى دِرْهَمٍ وَدِرْهَمٍ وَدِرْهَمٍ . لَزِمَتْهُ ثَلَاثَةٌ . وحكى ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَرَدْتُ بِالثَّلَاثِ تَأْكِيدَ الثَّانِي وَبَيَانَهُ . أَنَّهُ يُقْبَلُ . وهو قول بعض أصحاب الشافعي ؛ لَأَنَّ الثَّلَاثَ فِي لَفْظِ الثَّانِي ، وظاهر^(١٢) مَذْهَبِهِ أَنَّهُ تَلَزَمَهُ الثَّلَاثَةُ ؛ لِأَنَّ الْوَائِيَّةَ لِلْعَطْفِ ، وَالْعَطْفُ يَقْتَضِي الْمُعَايَرَةَ ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الثَّلَاثُ غَيْرَ الثَّانِي ، كَمَا كَانَ الثَّانِي غَيْرَ الْأَوَّلِ ، وَالْإِفْرَاقُ لَا يَقْتَضِي تَأْكِيدًا ، فَوَجَبَ حَمْلُهُ عَلَى الْعَدَدِ . وكذلك الْحُكْمُ إِذَا قَالَ : له عَلَى دِرْهَمٍ فِدْرَهَمٍ فِدْرَهَمٍ ، أَوْ دِرْهَمٍ ثُمَّ دِرْهَمٍ ثُمَّ دِرْهَمٍ . وإن قال : له عَلَى دِرْهَمٍ وَدِرْهَمٍ ثُمَّ دِرْهَمٍ ، أَوْ دِرْهَمٍ فِدْرَهَمٍ ثُمَّ دِرْهَمٍ ، أَوْ دِرْهَمٍ ثُمَّ دِرْهَمٍ فِدْرَهَمٍ . لَزِمَتْهُ الثَّلَاثَةُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ / لِأَنَّ الثَّلَاثَ مُعَايِرٌ لِلثَّانِي ، لِاخْتِلَافِ حَرْفِي الْعَطْفِ الدَّخَالَيْنِ عَلَيْهِمَا ، فَلَمْ يَحْتَمِلِ التَّأْكِيدَ .

١٨٩/٤ و

فصل : وإن قال : له عَلَى دِرْهَمٍ بِلِ دِرْهَمَانِ ، أَوْ دِرْهَمٍ لَكِنْ دِرْهَمَانِ . لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ . وبه قال الشافعي . وقال زُفَرٌ ، وَدَاوُدُ : تَلَزَمَهُ ثَلَاثَةٌ ؛ لِأَنَّ « بِلِ » لِلْإِضْرَابِ ، فَلَمَّا^(١٣) أَفْرَبَ دِرْهَمٍ وَأَضْرَبَ عَنْهُ ، لَزِمَهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَمَّا أَفْرَبَ بِهِ ،

(١٢) في ا ، ب ، م : « فظاهر » .

(١٣) في ب ، م : « لأنه لما » .

وَلَزِمَهُ الدَّرْهَمَانِ اللَّذَانِ أَقْرَبَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا نَقَى الْاِقْتِصَارَ عَلَى وَاحِدٍ ، وَأَثَبَتِ الزِّيَادَةَ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ ، بَلْ أَكْثَرُ . فَإِنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ ، بَلْ دِرْهَمٍ ، أَوْ لَكِنْ دِرْهَمٍ . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزِمُهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا قَالَ فِي مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ، لَا بَلْ أَنْتِ طَالِقٌ : إِنَّمَا لَا تُطَلِّقُ إِلَّا وَاحِدَةً . وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِدِرْهَمٍ مَرَّتَيْنِ ، فَلَمْ يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِنْ دِرْهَمٍ ، كَمَا لَوْ أَقْرَبُ بِدِرْهَمٍ ثُمَّ أَنْكَرَهُ ، ثُمَّ قَالَ : بَلْ عَلَى دِرْهَمٍ . وَ « لَكِنْ » لِلْاِسْتِدْرَاكِ ، فَهِيَ ^(١٤) فِي مَعْنَى « بَلْ » إِلَّا أَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّهَا لَا تُسْتَعْمَلُ إِلَّا بَعْدَ الْجَحْدِ ، إِلَّا أَنْ يُذَكَّرَ بَعْدَهَا جُمْلَةً . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَلْزِمُهُ دِرْهَمَانِ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَأَبُو بَكْرِ عَبْدِ الْعَزِيزِ . وَيَقْتَضِيهِ ^(١٥) قَوْلُ زُفَرٍ وَدَاوُدَ ؛ لِأَنَّ مَا بَعْدَ الْإِضْرَابِ يُعَايِرُ مَا قَبْلَهُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الدَّرْهَمُ الَّذِي أُضْرِبَ عَنْهُ غَيْرَ الدَّرْهَمِ ^(١٦) الَّذِي أَقْرَبَ بِهِ بَعْدَهُ ، فَيَجِبُ الْاِثْنَانِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ ، بَلْ دِينَارٌ . وَلَئِنْ « بَلْ » مِنْ حُرُوفِ الْعَطْفِ ، وَالْمَعْطُوفُ ^(١٧) غَيْرُ الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ ، فَوَجَبًا جَمِيعًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ دِرْهَمٍ ^(١٨) . وَلَئِنْ لَوْ لَمْ تُوجِبْ عَلَيْهِ إِلَّا دِرْهَمًا ، جَعَلْنَا كَلَامَهُ لَعْوًا ، وَإِضْرَابُهُ عَنْهُ ^(١٩) غَيْرُ مُفِيدٍ ، وَالْأَصْلُ فِي كَلَامِ الْعَاقِلِ أَنْ يَكُونَ مُفِيدًا . وَلَوْ كَانَ الَّذِي أُضْرِبَ عَنْهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْمَذْكُورَ بَعْدَهُ ، وَلَا بَعْضَهُ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ ، بَلْ دِينَارٌ أَوْ دِينَارَانِ . أَوْ : لَهُ عَلَى قَفِيزٍ جَنْطَةِ ، بَلْ قَفِيزُ شَعِيرٍ . أَوْ : هَذَا الدَّرْهَمُ ، بَلْ هَذَانِ . لَزِمَهُ الْجَمِيعُ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عِلْمَانُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الثَّانِي وَلَا بَعْضُهُ ، فَكَانَ مُقَرَّبًا بَيْنَهُمَا ، وَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُمَا . وَكَذَلِكَ كُلُّ جُمْلَتَيْنِ أَقْرَبُ بِأَحَدِهِمَا ثُمَّ

(١٤-١٤) في ١ ، ب : « بمعنى » .

(١٥) في الأصل ، ب ، م : « وتقيضه » .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧-١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) في ١ : « ودرهم » .

(١٩) سقط من : ١ ، ب .

رَجَعَ إِلَى الْأُخْرَى ، لَزِمَاهُ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمَانِ ، بَلِ دِرْهَمٌ . أَوْ عَشْرَةٌ ، بَلِ تِسْعَةٌ . لَزِمَهُ الْأَكْثَرُ ؛ لِأَنَّهُ أَضْرَبَ عَنْ وَاحِدٍ ، وَتَفَاهُ بَعْدَ إِقْرَارِهِ بِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ نَفْيُهُ لَهُ بِخِلَافِ الْاسْتِثْنَاءِ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفِي شَيْئًا أَقَرَّ بِهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ عِبَارَةٌ عَنِ الْبَاقِي بَعْدَ الْاسْتِثْنَاءِ ، فَإِذَا قَالَ : عَشْرَةٌ إِلَّا دِرْهَمًا . كَانَ مَعْنَاهُ تِسْعَةٌ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ قَبْلَهُ دِرْهَمٌ ، أَوْ بَعْدَهُ دِرْهَمٌ . لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ . وَإِنْ قَالَ : قَبْلَهُ دِرْهَمٌ وَبَعْدَهُ دِرْهَمٌ . لَزِمَهُ ثَلَاثَةٌ ؛ لِأَنَّ « قَبْلَ » وَ « بَعْدَ » تُسْتَعْمَلُ لِلتَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ فِي الْوُجُوبِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ فَوْقَ دِرْهَمٍ ، أَوْ تَحْتَ (٢٠) دِرْهَمٍ ، أَوْ مَعَهُ (٢٠) دِرْهَمٌ ، أَوْ مَعَ دِرْهَمٍ . فَقَالَ الْقَاضِي : يَلْزِمُهُ دِرْهَمٌ . وَهُوَ أَحَدُ (٢١) قَوْلَي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ فَوْقَ دِرْهَمٍ فِي (٢٢) الْجَوْدَةِ ، أَوْ فَوْقَ دِرْهَمٍ لِي ، وَكَذَلِكَ تَحْتَ دِرْهَمٍ . وَقَوْلُهُ : مَعَهُ دِرْهَمٌ . يَحْتَمِلُ مَعَهُ دِرْهَمٌ لِي كَذَلِكَ مَعَ دِرْهَمٍ ، فَلَمْ يَجِبِ الزَّائِدُ بِالْاِحْتِمَالِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : يَلْزِمُهُ دِرْهَمَانِ . وَهُوَ / الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ يَجْرِي مَجْرَى الْعَطْفِ ، لِكَوْنِهِ يَقْتَضِي ضَمَّ دِرْهَمٍ آخَرَ إِلَيْهِ ، وَقَدْ ذَكَرَ ذَلِكَ فِي سِيَاقِ الْإِقْرَارِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ : « عَلَى » يَقْتَضِي فِي ذِمَّتِي ، وَلَيْسَ لِلْمُقَرَّرِ فِي ذِمَّةِ نَفْسِهِ دِرْهَمٌ مَعَ دِرْهَمٍ الْمُقَرَّرَ لَهُ ، وَلَا فَوْقَهُ ، وَلَا تَحْتَهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ لِلْإِنْسَانِ فِي ذِمَّةِ نَفْسِهِ شَيْءٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ : إِنْ قَالَ : فَوْقَ دِرْهَمٍ . لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ ؛ لِأَنَّ « فَوْقَ » تَقْتَضِي فِي الظَّاهِرِ الزِّيَادَةَ . وَإِنْ قَالَ : تَحْتَ دِرْهَمٍ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ « تَحْتَ » تَقْتَضِي النُّقْصَ . وَلَنَا ، إِنْ حُمِلَ كَلَامُهُ عَلَى مَعْنَى الْعَطْفِ ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ حُمِلَ عَلَى الصِّفَةِ لِلدَّرْهَمِ (٢٣) الْمُقَرَّرَ بِهِ ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْمُقَرَّرُ بِهِ دِرْهَمًا وَاحِدًا ، سِوَاءَ ذَكَرَهُ بِمَا يَقْتَضِي زِيَادَةَ الْجَوْدَةِ أَوْ نُقْصَاهَا . وَإِنْ قَالَ :

(٢٠) - (٢٠) سقط من : م .

(٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل ، م .

(٢٣) في ب : « بالدراهم » .

له عَلَى دَرَاهِمٍ قَبْلَهُ دِينَارٌ ، أَوْ بَعْدَهُ ، أَوْ قَفِيزُ حِنْطَةٍ ، أَوْ مَعَهُ ، أَوْ فَوْقَهُ ، أَوْ تَحْتَهُ ، أَوْ مَعَ ذَلِكَ . فَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ كَالْقَوْلِ فِي الدَّرَاهِمِ سَوَاءٌ .

فصل : وإن قال : له عَلَى مَا بَيْنَ دَرَاهِمٍ وَعَشْرَةٍ . لَزِمَتْهُ ثَمَانِيَّةٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَا بَيْنَهُمَا . وإن قال : مِنْ دَرَاهِمٍ ^(٢٤) إِلَى عَشْرَةٍ ^(٢٥) ، ففيه ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَلْزِمُهُ تِسْعَةٌ . وَهَذَا يُحْكَمُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ « مِنْ » لَا تَبْدَأُ الْعَايَةَ ، وَأَوَّلُ الْعَايَةِ مِنْهَا ، وَ « إِلَى » لَا تَنْتَهِيهَا ، فَلَا يَدْخُلُ فِيهَا ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾ ^(٢٥) . وَالثَّانِي ، تَلْزِمُهُ ثَمَانِيَّةٌ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ وَالْعَاشِيرَ حَدَّانِ ، فَلَا يَدْخُلَانِ فِي الْإِقْرَارِ ، وَلَزِمَهُمَا بَيْنَهُمَا ، كَالثَّانِي قَبْلُهَا . وَالثَّالِثُ ، تَلْزِمُهُ عَشْرَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَاشِيرَ أَحَدَ الطَّرْفَيْنِ ، فَيَدْخُلُ فِيهَا كَالْأَوَّلِ ، وَكَأَنَّ لَوْ قَالَ : قَرَأْتُ الْقُرْآنَ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ . فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ يَقُولِي مِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشْرَةٍ . مَجْمُوعُ الْأَعْدَادِ كُلُّهَا ، أَيْ الْوَاحِدَ وَالْإِثْنَيْنِ وَكَذَلِكَ إِلَى الْعَشْرَةِ ، لَزِمَهُ خَمْسَةٌ وَخَمْسُونَ دَرَاهِمًا . وَاجْتِنَاءُ حِسَابِهِ أَنْ تَزِيدَ أَوَّلَ الْعَدَدِ وَهُوَ الْوَاحِدُ عَلَى الْعَشْرَةِ ، فَيَصِيرَ أَحَدُ عَشْرَةٍ ، ثُمَّ تَضْرِبُهَا فِي نِصْفِ الْعَشْرَةِ ، فَمَا بَلَغَ فَهُوَ الْجَوَابُ .

فصل : وإن قال : له عَلَى دَرَاهِمٍ . لَزِمَتْهُ ثَلَاثَةٌ ؛ لِأَنَّهَا أَقَلُّ الْجَمْعِ . وَإِنْ قَالَ : له عَلَى دَرَاهِمٍ كَثِيرَةٍ ، أَوْ وَافِرَةٍ ، أَوْ عَظِيمَةٍ . لَزِمَتْهُ ثَلَاثَةٌ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بَدُونِ الْعَشْرَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَقَلُّ جَمْعِ الْكَثَرَةِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ : لَا يَقْبَلُ أَقَلُّ مِنْ مَائَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ ^(٢٦) بِهَا يَخْصُلُ الْغِنَى ، وَتَجِبُ الزَّكَاةُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْكَثْرَةَ وَالْعَظَمَةَ لَا حَدَّ لَهَا شَرْعًا وَلَا لُغَةً وَلَا عَرَفًا ، وَتُخْتَلَفُ بِالْإِضَافَاتِ وَأَحْوَالِ النَّاسِ ، فَالْثَلَاثَةُ أَكْثَرُ مِمَّا دُونَهَا وَأَقَلُّ مِمَّا فَوْقَهَا ، وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَسْتَعْظِمُ الْيَسِيرَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَسْتَعْظِمُ الْكَثِيرَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُقَرَّرَ أَرَادَ كَثِيرَةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا دُونَهَا ، أَوْ كَثِيرَةً فِي نَفْسِهِ ، فَلَا تَجِبُ الزِّيَادَةُ بِالِاخْتِمَالِ .

(٢٤-٢٥) في م : ١٠ لعشرة .

(٢٥) سورة البقرة ١٨٧ .

(٢٦) في أ ، ب ، م زيادة : ١٠ ما .

فصل : وإن قال : له عَلَى ذِرْهَمَانِ فِي عَشْرَةٍ . وقال : أُرَدْتُ الْحِسَابَ . لَزِمَهُ عِشْرُونَ . وإن قال : أُرَدْتُ ذِرْهَمَيْنِ مَعَ عَشْرَةٍ . ولم يَكُنْ يَعْرِفُ الْحِسَابَ ، قُبِلَ مِنْهُ ، وَلَزِمَهُ اثْنَا عَشَرَ ؛ لِأَنَّ كَثِيرًا مِنْ الْعَامَّةِ يُرِيدُونَ بِهَذَا اللَّفْظِ هَذَا الْمَعْنَى . وإن كان من أَهْلِ الْحِسَابِ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يَقْبَلَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْحِسَابِ اسْتِعْمَالُ أَلْفَاظِهِ لِمَعَانِيهَا فِي اصْطِلَاحِهِمْ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢٧) لَا يُمْنَعُ ^(٢٨) أَنْ يَسْتَعْمِلَ اصْطِلَاحَ الْعَامَّةِ . وإن قال : أُرَدْتُ ذِرْهَمَيْنِ فِي عَشْرَةٍ لِي . لَزِمَهُ ذِرْهَمَانِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ مَا يَقُولُ . وإن قال : ذِرْهَمَانِ فِي دِينَارٍ . لم يَحْتَمِلِ الْحِسَابَ ، وَسُئِلَ عَنْ مُرَادِهِ ، فَإِنْ قَالَ : أُرَدْتُ الْعَطْفَ أَوْ مَعْنَى مَعَ . لَزِمَهُ الذَّرْهَمَانِ وَالذِّينَارُ . وإن قال : أَسْلَمْتُهُمَا فِي دِينَارٍ . فَصَدَّقَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، بِطَلِّ إِقْرَارِهِ ؛ لِأَنَّ سَلَمَ أَحَدِ التَّقْدِيرَيْنِ فِي الْآخِرِ لَا يَصِحُّ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ وَصَلَ إِقْرَارَهُ بِمَا يُسْقِطُهُ ، فَلَزِمَهُ مَا أَقْرَبَهُ ، وَبَطَلَ قَوْلُهُ فِي دِينَارٍ . وكذلك إِنْ قَالَ : له عَلَى ذِرْهَمَانِ فِي ثَوْبٍ . وَفَسَّرَهُ بِالسَّلَمِ ، أَوْ قَالَ : فِي ثَوْبٍ اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ إِلَى سَنَةٍ . فَصَدَّقَهُ ، بِطَلِّ إِقْرَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ بَعْدَ التَّفَرُّقِ ، بِطَلِّ السَّلَمِ وَسَقَطَ الثَّمَنُ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ التَّفَرُّقِ فَالْمُقَرَّرُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَهُ الذَّرْهَمَانِ .

فصل : وإن قال : له عِنْدِي ذِرْهَمٌ فِي ثَوْبٍ ، أَوْ فِي كَيْسٍ ، أَوْ زَيْتٍ فِي جَرَّةٍ ، أَوْ تِبْنٍ فِي غَرَارَةٍ ، أَوْ ثَمَرٍ فِي جَرَابٍ ، أَوْ سِكِّينٍ فِي قَرَابٍ ، أَوْ فَصٍّ فِي خَائِكَةٍ ، أَوْ كَيْسٍ فِي صَنْدُوقٍ . أَوْ قَالَ : غَضِبْتُ مِنْهُ ثَوْبًا فِي مَنْدِيلٍ ، أَوْ زَيْتًا فِي زِقٍّ . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ مُقَرَّرًا بِالْمَظْهُورِ دُونَ الظَّرْفِ . هَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَمَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَمْ يَتَنَاوَلَ الظَّرْفَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي ظَرْفٍ لِلْمُقَرَّرِ ، فَلَمْ يَلْزِمُهُ . وَالثَّانِي ، يَلْزِمُهُ الْجَمِيعُ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ ذَلِكَ فِي سِيَاقِ الْإِقْرَارِ ، وَيَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُقَرَّرًا بِهِ ، فَلَزِمَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : له عِنْدِي عَبْدٌ عَلَيْهِ عِمَامَةٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْعَصَبِ :

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « فَإِنَّهُ » .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : « يُمْنَعُ » .

يَلْزُمُهُ ، وَلَا يَلْزُمُهُ فِي بَقِيَّةِ الصُّورِ ؛ لِأَنَّ الْمُنْدِيلَ يَكُونُ ظَرْفًا لِلتَّوْبِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ ظَرْفٌ لَهُ فِي حَالِ الْعَصَبِ ، وَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : غَصَبْتُ تَوْبًا وَمُنْدِيلًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُنْدِيلُ لِلْغَاصِبِ ، وَهُوَ ظَرْفٌ لِلتَّوْبِ ، فَيَقُولُ : غَصَبْتُ تَوْبًا فِي مُنْدِيلٍ لِي . وَلَوْ قَالَ هَذَا لَمْ يَكُنْ مُقْرَأً بِعَصْبِهِ ، فَإِذَا أُطْلِقَ ، كَانَ مُحْتَمِلًا لَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ مُقْرَأً بِعَصْبِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : غَصَبْتُ دَابَّةً فِي إِصْطَبِلِهَا . أَوْ : لَهُ عَلَى تَوْبٍ فِي مُنْدِيلٍ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي جَرَّةٌ فِيهَا زَيْتٌ ، أَوْ جِرَابٌ فِيهِ تَمْرٌ ، أَوْ قِرَابٌ فِيهِ سِكِّينٌ . فَعَلَى وَجْهَيْنِ^(٢٩) . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى خَاتَمٍ فِيهِ فَصٌّ . فَكَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُقْرَأً بِهِ^(٣٠) بِفَصِّهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْفَصَّ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَاءِ الْخَاتَمِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى تَوْبٍ فِيهِ عِلْمٌ . وَلَوْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي خَاتَمٌ . وَأُطْلِقَ ، لَزِمَهُ الْخَاتَمُ بِفَصِّهِ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْخَاتَمِ يَجْمَعُهُمَا . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى تَوْبٍ مُطَرَّرٌ . لَزِمَهُ التَّوْبُ بِطَرَارِهِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي دَارٌ مَفْرُوشَةٌ ، أَوْ دَابَّةٌ مُسَرَّجَةٌ ، أَوْ عَبْدٌ عَلَيْهِ عِمَامَةٌ . فَفِيهِ أَيْضًا وَجْهَانِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تَلْزُمُهُ عِمَامَةُ الْعَبْدِ دُونَ الْفَرَشِ أَوْ السَّرَجِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَدُهُ عَلَى عِمَامَتِهِ ، وَيَدُهُ كَيْدَ سَيِّدِهِ ، وَلَا يَدُ لِلدَّابَّةِ وَالِدَّارِ . وَلَنَا ، أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ سَرَاجَ الدَّابَّةِ لِصَاحِبِهَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَنَازَعَ رَجُلَانِ سَرَجًا عَلَى دَابَّةٍ أَحَدِهِمَا ، كَانَ / لِصَاحِبِهَا ، فَصَارَ كِعِمَامَةِ الْعَبْدِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي دَابَّةٌ بِسَرَجِهَا ، أَوْ دَارٌ بِفَرَشِهَا ، أَوْ سَفِينَةٌ بِطَعَامِهَا . كَانَ مُقْرَأً بِهِمَا بغيرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الْبَاءَ تُعَلِّقُ الثَّانِي بِالْأَوَّلِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ ، أَوْ دِينَارٍ . أَوْ : إِمَّا دِرْهَمٌ وَإِمَّا دِينَارٌ . كَانَ مُقْرَأً بِأَحَدِهِمَا ، يُرْجَعُ فِي تَفْسِيرِهِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ « أَوْ » وَ « إِمَّا » فِي الْخَبَرِ لِلشَّكِّ ، وَتَقْتَضِي أَحَدَ الْمَذْكُورَيْنِ لَا جَمِيعَهُمَا . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى إِمَّا دِرْهَمٍ وَإِمَّا دِرْهَمَانِ . كَانَ مُقْرَأً بِدِرْهَمٍ ، وَالثَّانِي مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَلَا يَلْزُمُهُ بِالشَّكِّ .

(٢٩) فِي ١ ، ب : « الْوَجْهَيْنِ » .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

٨٥٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَقْرَبُ شَيْءٍ ، وَاسْتَنْتَى مِنْهُ الْكَثِيرُ ، وَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ التَّصْنِيفِ ، أَخَذَ بِالْكُلِّ ، وَكَانَ اسْتِثْنَاؤُهُ بَاطِلًا)

لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِثْنَاءُ مَا زَادَ عَلَى التَّصْنِيفِ . وَيُحْكَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ دَرَسْتَوَيْهِ النَّحْوِيِّ^(١) . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُهُمْ : يَصِحُّ مَا لَمْ يَسْتَنْتِ الْكُلَّ ، فَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى مِائَةِ مِائَةٍ إِلَّا تِسْعَةٌ وَتِسْعِينَ . لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا وَاحِدٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَبِعِزَّتِكَ لَا تُغَيِّرُهُمْ أَجْمَعِينَ * إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ ﴾^(٢) . وَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ ﴾^(٣) . فَاسْتَنْتَى فِي مَوْضِعِ الْغَاوِينَ مِنَ الْعِبَادِ ، وَفِي مَوْضِعِ الْعِبَادِ مِنَ الْغَاوِينَ ، وَأَيُّهُمَا كَانَ الْأَكْثَرُ فَقَدْ دَلَّ عَلَى اسْتِثْنَاءِ الْأَكْثَرِ . وَأَنْشَدُوا :

أَدُّوا الَّتِي نَقَصَتْ تِسْعِينَ مِنْ مِائَةٍ ثُمَّ ابْعَثُوا حَكَمًا بِالْحَقِّ قَوَامًا^(٤)

فَاسْتَنْتَى تِسْعِينَ مِنْ مِائَةٍ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْاسْتِثْنَاءِ ، وَمُشَبَّهٌ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ اسْتَنْتَى الْبَعْضَ ، فَجَازَ ، كَاسْتِثْنَاءِ الْأَقْلِّ ، وَلِأَنَّهُ رَفَعَ بَعْضَ مَا تَنَاوَلَهُ اللَّفْظُ ، فَجَازَ فِي الْأَكْثَرِ ، كَالْتَّخْصِصِ وَالْبَدْلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَرِدْ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ الْاسْتِثْنَاءُ إِلَّا فِي الْأَقْلِّ ، وَقَدْ أَنْكَرُوا اسْتِثْنَاءَ الْأَكْثَرِ ، فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ الرَّجَّاجُ^(٥) : لَمْ يَأْتِ الْاسْتِثْنَاءُ إِلَّا فِي الْقَلِيلِ مِنَ الْكَثِيرِ ، وَلَوْ قَالَ قَائِلٌ : مِائَةٌ إِلَّا تِسْعَةٌ وَتِسْعِينَ . لَمْ يَكُنْ مُتَكَلِّمًا بِالْعَرَبِيَّةِ ، وَكَانَ عِيًّا مِنَ الْكَلَامِ وَلُكْنَةً . وَقَالَ الْقُتَيْبِيُّ^(٦) : يُقَالُ : صُمْتُ الشَّهْرَ إِلَّا يَوْمًا . وَلَا يُقَالُ : صُمْتُ

(١) أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرِ بْنِ الْمَرْزَبَانَ الْفَارِسِيَّ الْفُسُوِّيَّ ، تَلْمِيزُ الْمُبَرِّدِ ، تَوَفَّى سَنَةَ سَبْعٍ وَأَرْبَعِينَ وَثَلَاثُمِائَةٍ . تَارِيخُ الْعُلَمَاءِ النَّحْوِيِّينَ ٤٦ ، ٤٧ .

(٢) سُورَةُ ص ٨٢ ، ٨٣ .

(٣) سُورَةُ الْحَجَرِ ٤٢ .

(٤) سِبْأِيُّ قَوْلِ ابْنِ فَضَالٍ : إِنَّهُ بَيْتٌ مَصْنُوعٌ .

(٥) فِي ب : « الرَّجَّاجِيُّ » خَطَأً . وَهُوَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ السَّرِيِّ ، صَاحِبُ كِتَابِ « مَعَانِي الْقُرْآنِ وَشَرْحُ إِعْرَابِهِ » ، الْمَتَوَفَّى سَنَةَ سِتٍّ وَعَشْرَةٍ وَثَلَاثُمِائَةٍ . تَارِيخُ الْعُلَمَاءِ النَّحْوِيِّينَ ٣٨ ، ٣٩ .

(٦) أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُسْلِمَ بْنِ قُتَيْبَةَ الدِّينَوْرِيَّ ، الْمَتَوَفَّى سَنَةَ سِتٍّ وَسَبْعِينَ وَمِائَتَيْنِ . تَارِيخُ الْعُلَمَاءِ النَّحْوِيِّينَ ٢٠٩ ، ٢١٠ .

الشَّهْرَ إِلَّا تِسْعَةً وَعِشْرِينَ يَوْمًا . ويقال : لَقِيتُ الْقَوْمَ جَمِيعَهُمْ إِلَّا وَاحِدًا أَوْ اثْنَيْنِ . ولا يجوزُ أن يقول : لَقِيتُ الْقَوْمَ إِلَّا أَكْثَرَهُمْ . وإذا لم يكن صحيحًا في الكلام ، لم يرتفع به ما أقرب به ، كاستثناء الكل . وكالو قال : له عَلَى عَشْرَةٍ ، بل خَمْسَةٍ . فأما ما احتجَّوا به من التَّنْزِيلِ ، فإنه في الآية الأولى اسْتَنْتَى الْمُخْلَصِينَ مِنْ بَنِي آدَمَ ، وهم الأقلُّ ، كما قال تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ ﴾^(٧) . وفي الأخرى اسْتَنْتَى الْعَاوِينَ مِنَ الْعِبَادِ ، وهم الأقلُّ ، فإنَّ الملائكة من العباد ، وهم غير عَاوِينَ ، قال الله تعالى : ﴿ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ ﴾^(٨) . وقيل : الاستثناء في هذه الآية مُنْقَطِعٌ بمعنى الاستدراك ، فيكون قوله : ﴿ إِنْ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ ﴾ مَبْقَى عَلَى عُمُومِهِ ، لم يُسْتثنَ منه شيء ، ثم استأنف : ﴿ إِلَّا مَنْ اتَّبَعَكَ مِنَ الْعَاوِينَ ﴾ . أى لكن من اتَّبَعَكَ مِنَ الْعَاوِينَ فَإِنَّهُمْ عَوُوا بِاتِّبَاعِكَ . وقد دَلَّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا قَوْلُهُ فِي آيَةِ الْآخِرَى لِاتِّبَاعِهِ : ﴿ وَمَا كَانَ لِي عَلَيْكُمْ مِنْ سُلْطَنِ إِلَّا أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِي ﴾^(٩) . وعلى هذا لا يكون لهم فيها حُجَّةٌ . وأما البَيْتُ فَقَالَ ابْنُ فَضَالٍ النَّحْوِيُّ^(١٠) : / هُوَ بَيْتٌ مَصْنُوعٌ ، لم يَثْبُتْ عَنِ الْعَرَبِ . على أن هذا ليس باستثناء ، فإنَّ الاستثناء له كَلِمَاتٌ مَخْصُوصَةٌ لَيْسَ هُنَا^(١١) شيءٌ منها ، والقياسُ لا يجوزُ في اللَّغَةِ . ثم نُعَارِضُهُ بِأَنَّهُ اسْتَنْتَى أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ ، فلم يَجْزِ ، كاستثناء الكل . والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ، أنَّ العَرَبَ اسْتَعْمَلَتْهُ فِي الْأَقْلِ وَحَسَّنَتْهُ ، وَنَفَتْهُ فِي الْأَكْثَرِ وَقَبَحَتْهُ ، فلم يَجْزِ قِيَّاسُ مَا قَبَّحُوهُ عَلَى مَا جَوَّزُوهُ وَحَسَّنُوهُ .

فصل : وفي استثناء النصف وجهان ؛ أحدهما ، يجوز . وهو ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ؛

(٧) سورة ص ٢٤ .

(٨) سورة الأنبياء ٢٦ .

(٩) سورة إبراهيم ٢٢ .

(١٠) أبو الحسن علي بن فضال بن علي المجاشعي ، إمام النحو ، صاحب المؤلفات ، توفي سنة تسع وسبعين وأربعمائة . سير أعلام النبلاء ١٨ / ٥٢٨ ، ٥٢٩ .

(١١) في الأصل ، م : « هنا » .

لِتَحْصِيصِهِ الْإِبْطَالَ بِمَا زَادَ عَلَى النُّصْفِ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَكْثَرَ ، فَجَازَ كَالْأَقْل . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ، ذِكْرُهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ فِي كَلَامِهِمْ إِلَّا ^(١٢) الْقَلِيلُ مِنَ الْكَثِيرِ ، وَالنُّصْفُ لَيْسَ بِقَلِيلٍ .

فصل : وإذا قال : له عَلَى عَشْرَةٍ ، إِلَّا سَبْعَةٌ ، إِلَّا خَمْسَةٌ ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ . صَحَّ ، وَكَانَ مُقَرَّأً بِسِتَّةٍ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا اسْتَشْنَى الْكُلُّ أَوْ الْأَكْثَرُ ، سَقَطَ إِنْ وَقَفَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ وَصَلَهُ بِاسْتِثْنَاءٍ آخَرَ اسْتَعْمَلْنَاهُ ، لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ مَعَ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ عِبَارَةٌ عَمَّا يَبْقَى ، فَإِنَّ خَمْسَةً إِلَّا دِرْهَمَيْنِ عِبَارَةٌ عَنْ ثَلَاثَةٍ ، اسْتِثْنَاهَا مِنْ سَبْعَةٍ ، بَقِيَ أَرْبَعَةٌ مُسْتِثْنَاءٌ ^(١٣) مِنْ عَشْرَةٍ ، يَبْقَى مِنْهَا سِتَّةٌ . وَإِنْ قَالَ : له عَلَى ثَمَانِيَةٍ ، إِلَّا أَرْبَعَةٌ ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ ، إِلَّا دِرْهَمًا . بَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَشْنَى النُّصْفَ . وَصَحَّ عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، فَلَزِمَهُ خَمْسَةٌ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى عَشْرَةٍ ، إِلَّا خَمْسَةٌ ، إِلَّا ثَلَاثَةٌ ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ ، إِلَّا دِرْهَمًا . بَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ كُلُّهُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَصَحَّ فِي الْآخَرِ ، فَيَكُونُ مُقَرَّأً بِسَبْعَةٍ . وَلَوْ قَالَ : عَشْرَةٌ ، إِلَّا سِتَّةٌ ، إِلَّا أَرْبَعَةٌ ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ . فَهُوَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَصِحُّ فِيهِ الْاسْتِثْنَاءُ مُقَرَّأً بِسِتَّةٍ . وَلَوْ قَالَ : ثَلَاثَةٌ ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ ، إِلَّا دِرْهَمًا . كَانَ مُقَرَّأً بِدِرْهَمَيْنِ ^(١٤) . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : له عَلَى ثَلَاثَةٍ ، إِلَّا ثَلَاثَةٌ ، إِلَّا دِرْهَمَيْنِ . بَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ دِرْهَمَيْنِ مِنْ ثَلَاثَةِ اسْتِثْنَاءِ الْأَكْثَرِ ، وَهُوَ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ ، فَبَطَلَ ، فَإِذَا بَطَلَ الثَّانِي بَطَلَ الْأَوَّلُ ؛ ^(١٥) لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءُ ^(١٦) الْكُلِّ ^(١٥) . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، يَبْطُلُ الْاسْتِثْنَاءُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ بَطَلَ ، لِكَوْنِهِ اسْتِثْنَاءُ ^(١٦) الْكُلِّ ، فَبَطَلَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ فَرَعُهُ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، وَيَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ الْأَوَّلَ لِمَا بَطَلَ ، جَعَلْنَا الْاسْتِثْنَاءَ الثَّانِي مِنَ الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّهُ وَلِيَهُ لِبُطْلَانِ مَا بَيْنَهُمَا . وَالثَّالِثُ ،

(١٢) فِي الزِّيَادَةِ : « فِي » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « اسْتِثْنَاءٌ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « بِلَاثَةٍ » .

(١٥) (١٥-١٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٦) فِي : أ : « اسْتَشْنَى » .

يَصِحُّ ، ويكون مُقَرَّأ بِدِرْهَمَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتُثْنِيَ دِرْهَمَيْنِ ^(١٧) مِنْ ثَلَاثَةِ ^(١٧) ، فَبَقِيَ مِنْهَا دِرْهَمٌ مُسْتَثْنًى مِنَ الْإِقْرَارِ ، وَاسْتِثْنَاءُ الْأَكْثَرِ عَنْهُمْ صَحِيحٌ ^(١٨) . وَوَأَفْقَهُمُ الْقَاضِي فِي هَذَا الْوَجْهِ . وَإِنْ قَالَ : ثَلَاثَةٌ ، إِلَّا ثَلَاثَةٌ ، إِلَّا دِرْهَمًا . بَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ كُلُّهُ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِيهِ مِثْلُ مَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ ، إِلَّا خَمْسِينَ . فَالْمُسْتَثْنَى دَرَاهِمُ ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ لَا تَسْتُثْنِي فِي الْإِثْبَاتِ إِلَّا مِنَ الْجِنْسِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى أَلْفٍ ، إِلَّا خَمْسِينَ دِرْهَمًا . فَالْجَمِيعُ دَرَاهِمُ كَذَلِكَ . وَهَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ وَالْقَاضِي ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ التَّمِيمِيُّ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يَكُونُ الْأَلْفُ مُبْهَمًا ، يُرْجَعُ فِي تَفْسِيرِهِ إِلَيْهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ عَنْدَهُمَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ ، وَلِأَنَّ لَفْظَهُ فِي ^(١٩) الْأَلْفِ مُبْهَمٌ وَالْدَّرْهَمُ ^(٢٠) لَمْ يُذَكَّرْ تَفْسِيرًا لَهُ ، فَبَقِيَ عَلَى إِنْهَامِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَرِدْ عَنِ الْعَرَبِ الْاسْتِثْنَاءُ فِي الْإِثْبَاتِ إِلَّا مِنَ الْجِنْسِ ، فَمَتَى عَلِمَ أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ عَلِيمٌ أَنَّ الْآخَرَ مِنْ جِنْسِهِ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ ، وَقَدْ سَلَّمُوهُ ، وَعِلَّتْهُ تَلَاوُظُ الْمُسْتَثْنَى / وَالْمُسْتَثْنَى مِنْهُ فِي الْجِنْسِ ، فَمَا ثَبَّتَ فِي أَحَدِهِمَا ثَبَّتَ فِي الْآخَرِ ، فَعَلَى قَوْلِ ^(٢١) وَأَبِي الْخَطَّابِ ^(٢٢) يُسْأَلُ عَنِ ^(٢٣) الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ ^(١٩) ، فَإِنْ فَسَّرَهُ بِغَيْرِ التَّمِيمِ ، بَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ ، وَعَلَى قَوْلِ غَيْرِهِمَا يُنْظَرُ فِي الْمُسْتَثْنَى ، إِنْ كَانَ مِثْلَ الْمُسْتَثْنَى الْجِنْسِ ، بَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ ، وَعِنْدَ الْقَاضِي يَصِحُّ الْاسْتِثْنَاءُ ، وَيَصِحُّ تَفْسِيرُ مِنْهُ أَوْ أَكْثَرُ ، بَطَلَ ، وَإِلَّا صَحَّ . ^(٢٣) وَعِنْدَ الْقَاضِي يَصِحُّ الْاسْتِثْنَاءُ ، وَيَصِحُّ تَفْسِيرُ الْأَلْفِ بِأَيِّ شَيْءٍ كَانَ ، إِذَا كَانَ مِنْ قِيَمَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ ، بَعْدَ اسْتِثْنَاءِ الدَّرَاهِمِ مِنْهُ ^(٢٣) .

١٩١/٤ ظ

(١٧-١٧) سقط من : ب .

(١٨) في الأصل ، م : « لا يصح » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م : « والدراهم » .

(٢١-٢١) سقط من : الأصل ، م ، م .

(٢٢) في الأصل ، م ، م : « على » .

(٢٣-٢٣) سقط من : الأصل ، م ، وفي : « الشافعي » مكان : « القاضي » .

فصل : وإن قال : له عَلَى تِسْعَةٍ وَتِسْعُونَ دِرْهَمًا . فَالْجَمِيعُ دَرَاهِمُ . لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وإن قال : مائة وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا . فَكَذَلِكَ . وَخَرَجَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا وَجْهًا أَنَّهُ لَا يَكُونُ تَفْسِيرًا إِلَّا لِمَا يَلِيهِ ، وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَلْفٌ وَثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ ، أَوْ خَمْسُونَ دِرْهَمًا ^(٢٤) ، أَلْفٌ دِرْهَمٍ ، أَوْ أَلْفٌ وَمِائَةُ دِرْهَمٍ ، أَوْ مِائَةُ أَلْفٍ دِرْهَمٍ . وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَا ؛ فَإِنَّ الدَّرْهَمَ الْمُفَسَّرَ يَكُونُ تَفْسِيرًا ^(٢٥) لِجَمِيعِ مَا قَبْلَهُ مِنَ الْجُمْلِ ^(٢٦) الْمُبْهَمَةِ وَجِنْسِ الْعَدَدِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى مُخْبِرًا عَنْ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ أَنَّهُ قَالَ : ﴿ إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً ﴾ ^(٢٧) . وَفِي الْحَدِيثِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ تُوْفِيَ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً ، وَتُوْفِيَ أَبُو بَكْرٍ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً ، وَتُوْفِيَ عُمَرُ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً ^(٢٨) . وَقَالَ عَنَتَرَةُ ^(٢٩) :

فِيهَا اثْنَتَانِ وَأَرْبَعُونَ حُلُوبَةً سَوْدًا كَخَافِيَةِ الْغُرَابِ الْأَسْحَمِ
وَلَأَنَّ الدَّرْهَمَ ذُكِرَ تَفْسِيرًا ، وَهَذَا لَا تَجِبُ بِهِ زِيَادَةٌ عَلَى الْعَدَدِ الْمَذْكُورِ ، فَكَانَ تَفْسِيرًا لِجَمِيعِ مَا قَبْلَهُ ، لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى تَفْسِيرٍ ، وَهُوَ صَالِحٌ لِتَفْسِيرِهَا ، فَوَجِبَ حَمْلُهُ عَلَى ذَلِكَ . وَهَذَا الْمَعْنَى مُوجُودٌ فِي قَوْلِهِ : أَلْفٌ وَثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ . وَسَائِرُ الصُّوَرِ الْمَذْكُورَةِ ، فَعَلَى قَوْلٍ مَنْ لَا يَجْعَلُ الْمُجْمَلَ مِنْ جِنْسِ الْمُفَسَّرِ لَوْ ^(٣٠) قَالَ : بِعْتُكَ هَذَا

(٢٤) سقط من : ١ .

(٢٥) في ب : مفسرا .

(٢٦) في ١ : الجملة .

(٢٧) سورة ص ٢٣ .

(٢٨) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٩٦ .

ومن رسول الله ﷺ أخرجه البخاري في : باب خاتم النبيين من كتاب المناقب ، وباب وفاة النبي ﷺ ، من كتاب المغازي ٤ / ٢٢٦ ، ٦ / ١٩ . والترمذي ، في : باب مبعث النبي ﷺ ، من كتاب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣ / ١٠٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣٧٠ ، ٣٧١ .

(٢٩) ديوانه ٩٩ .

(٣٠) في ب ، م : أو .

بمائة وخمسين درهما ، أو بخمسة وعشرين درهما . لا يصح . وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه .

فصل : وإن قال : له عَلَى الْفِ دِرْهَمٌ ، أو الْفِ وَثُوبٌ ، أو قَفِيزُ حِنْطَةٍ فالمُجْمَلُ من جنسِ المُفسِّرِ أيضا . وكذلك إن قال : أَلْفُ دِرْهَمٍ وَعَشْرَةٌ ، أو الْفِ ثَوْبٍ وَعِشْرُونَ . وهذا قول القاضي ، وابن حامد ، وأبي ثور . وقال التميمي ، وأبو الخطاب : يرجع في تفسير المُجْمَلِ إليه ، لأنَّ الشَّيْءَ يُعْطَفُ على جنسه ، قال الله تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (٣١) . ولأنَّ الألف مُبْهَمٌ فرُجِعَ في تفسيره إلى المُقرَّر ، كما لو لم يعطف عليها . وقال أبو حنيفة : إن عطف على المُبْهَمِ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، كان تفسيرًا له ، وإن عطف مَذْرُوعًا أو مَعْدُودًا ، لم يكن تفسيرًا ؛ لأنَّ عَلَى للإيجاب في الذِّمَّةِ ، فإن عطف عليه ما يثبت في الذِّمَّةِ بنفسه ، كان تفسيرًا له (٣٢) كقوله : مائة وخمسون درهما . ولنا ، أنَّ العَرَبَ تَكْتَفِي بِتَفْسِيرِ إِحْدَى الْجُمْلَتَيْنِ عَنِ الْجُمْلَةِ (٣٣) الأخرى ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَبِثُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلَاثَ مِائَةٍ سِنِينَ وَازْدَادُوا تِسْعًا ﴾ (٣٤) . وقال الله تعالى : ﴿ عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ ﴾ (٣٥) . ولأنَّه ذَكَرَ مُبْهَمًا مع مُفسِّرٍ لم يَقُمْ الدَّلِيلُ على أنَّه من غير جنسه ، فكان المُبْهَمُ / من جنس المُفسِّرِ ، كما لو قال : مائة وخمسون درهما ، أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً . يُحَقِّقُهُ أَنَّ المُبْهَمَ يَحْتَاجُ إِلَى التَّفْسِيرِ ، وَذَكَرَ التَّفْسِيرَ فِي الْجُمْلَةِ الْمُقَارِنَةِ لَهُ يَصْلُحُ أَنْ يُفْسَّرَ ، فَوَجَبَ حَمْلُ الْأَمْرِ عَلَى ذَلِكَ ، أَمَا قَوْلُهُ : ﴿ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ . فَإِنَّهُ امْتَنَعَ أَنْ يَكُونَ الْعَشْرُ أَشْهُرًا لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْعَشْرَ بغير هاءٍ عَدَدٌ لِلْمَوْتِ ، وَالْأَشْهُرُ

١٩٢/٤

(٣١) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٣٢) سقط من : ب ، م ،

(٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) سورة الكهف ٢٥ .

(٣٥) سورة في ١٧ .

مَذْكُورَةٌ ، فلا يجوزُ أَنْ تُعَدَّ بِغَيْرِهَا . الثاني ، أَنَّهَا لو كانت أَشْهُرًا لَقَالَ : أَرْبَعَةٌ عَشَرَ شَهْرًا . بالتَّركِيبِ ، لا بِالْعَطْفِ ، كما قال : ﴿ عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ ﴾ ^(٣٦) . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْأَلْفَ مُبْهَمٌ . قلنا : قد قَرِنَ بِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى تَفْسِيرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : مِائَةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا ، أَوْ مِائَةٌ وَدِرْهَمٌ . عندَ أَى حَنِيفَةٍ . فَإِنْ قِيلَ : إِذَا قَالَ : مِائَةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا . فَالذَّرْهَمُ ذِكْرٌ لِلتَّفْسِيرِ ، ولهذا لا يَزْدَادُ بِهِ الْعَدُّ ، فَصَلَحَ تَفْسِيرُ الْجَمِيعِ مَا قَبْلَهُ ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ : مِائَةٌ دِرْهَمٍ . فَإِنَّهُ ذَكَرَ الذَّرْهَمَ لِلإِيجَابِ ، لا لِلتَّفْسِيرِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ زَادَ بِهِ الْعَدُّ . قلنا : هو صَالِحٌ لِلإِيجَابِ وَالتَّفْسِيرِ معًا ، وَالْحَاجَةُ دَاعِيَةٌ إِلَى التَّفْسِيرِ ، فَوَجَبَ حَمْلُ الْأَمْرِ عَلَى ذَلِكَ ، صِيَانَةٌ لِكَلَامِ الْمُقَرَّرِ عَنِ الْإِلْبَاسِ ^(٣٧) وَالإِهَامِ ، وَصَرَفًا لَهُ إِلَى الْبَيَانِ وَالإِفْهَامِ . وَقَوْلُ أَصْحَابِ أَى حَنِيفَةٍ : إِنَّ « عَلَى » لِلإِيجَابِ . قلنا : فَمَتَى عُطِفَ مَا يَجِبُ بِهَا عَلَى مَا يَجِبُ ، وَكَانَ أَحَدُهُمَا مُبْهَمًا وَالْآخَرُ مُفَسَّرًا ، وَأَمَكْنَ تَفْسِيرُهُ بِهِ ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْمُبْهَمُ مِنْ جِنْسِ الْمُفَسَّرِ ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يُمْكِنْ ^(٣٨) ، مِثْلَ أَنْ يُعْطِفَ عَدَدُ الْمَذْكُورِ عَلَى الْمُؤَنَّثِ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، فَلَا يَكُونُ أَحَدُهُمَا مِنْ جِنْسِ الْآخَرِ ، وَيَتَقَى الْمُبْهَمُ عَلَى إِبْهَامِهِ ، كما لو قال : لَهُ عَلَى أَرْبَعَةٍ دَرَاهِمَ وَعَشْرًا .

٨٥٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ : لَهُ عِنْدِي عَشْرَةُ دَرَاهِمَ . ثُمَّ قَالَ : وَدِيعَةٌ . كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ)

وَجُمْلَتُهُ أَنْ مَنْ أَقَرَّ بِهَذَا اللَّفْظِ ، فَقَالَ : لَهُ عِنْدِي دَرَاهِمُ . فَسَرَّ إِقْرَارَهُ بِأَنَّهَا وَدِيعَةٌ ، قُبِلَ تَفْسِيرُهُ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ اخْتِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، سِوَاءِ فَسَرَهُ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ أَوْ مُنْفَصِلٍ ؛ لِأَنَّهُ فَسَرَّ لَفْظَهُ بِمَا يَقْتَضِيهِ ، فَقُبِلَ ، كما لو قال : لَهُ عَلَى دَرَاهِمُ . وَفَسَرَهَا بِدَيْنٍ عَلَيْهِ ، فَعِنْدَ ذَلِكَ تَثَبُّتُ فِيهَا أَحْكَامُ الْوَدِيعَةِ ، بَحِثْ لَوْ ادَّعَى تَلَفَهَا بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ

(٣٦) سورة المدثر ٣٠ .

(٣٧) في ب : « الالباس » .

(٣٨) في ب ، م : « يكن » .

رَدَّهَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ . وَإِنْ فَسَّرَهَا بِدَيْنٍ عَلَيْهِ ، قَبِلَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يُقَرَّرُ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا هُوَ أَغْلَظُ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي وَدِيعَةٌ رَدَّذْتُهَا إِلَيْهِ . أَوْ تَلَفْتُ . لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، وَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مُنَاقَضَةِ الْإِقْرَارِ ، وَالرُّجُوعِ عَمَّا أَقْرَبَهُ ، فَإِنَّ الْأَلْفَ الْمَرْدُودَ وَالَّتَالِفَ لَيْسَتْ عِنْدَهُ أَصْلًا ، وَلَا هِيَ وَدِيعَةٌ ، وَكُلُّ كَلَامٍ يُنَاقِضُ الْإِقْرَارَ وَيُحِيلُهُ ، يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَرْدُودًا . وَقَالَ الْقَاضِي : يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ : إِذَا قَالَ : لَكَ عِنْدِي وَدِيعَةٌ دَفَعْتُهَا إِلَيْكَ . صَدَّقَ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى تَلَفَ الْوَدِيعَةِ ، أَوْ رَدَّهَا ، فَقَبِلَ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى ذَلِكَ بِكَلَامٍ مُتَفَصِّلٍ . وَإِنْ قَالَ : كَانَتْ عِنْدِي ، وَظَنَنْتُ أَنَّهَا بَاقِيَةٌ ، ثُمَّ عَرَفْتُ أَنَّهَا كَانَتْ قَدْ هَلَكَتْ . فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالَّتِي قَبَلَهَا .

٨٥٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى أَلْفٍ . ثُمَّ قَالَ : وَدِيعَةٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا أَقَرَّ بِدِرَاهِمَ بِقَوْلِهِ : عَلَى كَذَا . ثُمَّ فَسَّرَهُ بِالْوَدِيعَةِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، / فَلَوْ ادَّعَى بَعْدَ هَذَا تَلَفَهَا ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقِيلَ عَنِ الشَّافِعِيِّ : يُقْبَلُ قَوْلُهُ أَنَّهَا وَدِيعَةٌ ، وَإِذَا ادَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ تَلَفَهَا ، قَبِلَ مِنْهُ . وَقَالَ الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَى هَذَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ عَلَيْهِ حِفْظُهَا وَرَدُّهَا ، فَإِذَا قَالَ : عَلَى . وَفَسَّرَهَا بِذَلِكَ ، احْتَمَلَ صِدْقَهُ ، فَقَبِلَ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ وَصَلَهُ بِكَلَامِهِ ، فَقَالَ : لَهُ ^(١) عَلَى أَلْفٍ وَدِيعَةٌ . وَلِأَنَّ حُرُوفَ الصَّلَاتِ ^(٢) يَخْلُفُ بَعْضُهَا بَعْضًا ، فَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ « عَلَى » بِمَعْنَى « عِنْدِي » كَمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى إِخْبَارًا عَنْ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّهُ قَالَ : ﴿ وَلَهُمْ عَلَى ذَنْبٍ ﴾ ^(٣) . أَيْ عِنْدِي . وَلِنَا ، أَنَّ « عَلَى » لِلْإِيجَابِ ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي كَوْنَهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : مَا عَلَى فُلَانٍ عَلَى . كَانَ ضَامِنًا لَهُ ، وَالْوَدِيعَةُ لَيْسَتْ فِي ذِمَّتِهِ ،

(١) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢) في ١ : « الصفات » .

(٣) سورة الشعراء ١٤ .

ولا هي عليه ، إنما هي عنده . وما ذكروه مجاز ، طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، أو إقامة حرف مقام حرف ، والإقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ ، بدليل أنه لو قال : له على ذراهم . لزمته ثلاثة ذراهم ، وإن جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين ، وعن واحد ، كقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأَمِّهِ السُّدُسُ ﴾ (٤) . ومواضع كثيرة في القرآن . ولو قال : له على ذرهيم . وقال : أردت نصف ذرهيم ، فحذفت المضاف وأمنت المضاف إليه مقامه . لم يقبل منه . ولو قال : لك من مالي ألف . قال : صدقت ، ثم قال : أردت أن عليك من مالي ألفا ، وأمنت اللام مقام « على » كقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾ (٥) . لم يقبل منه . ولو قيل في الإقرار مطلق الاحتمال ، لسقط ، ولقبيل في (٦) تفسير الدراهم بالتأنيص والزائفة والموجلة . وأما إذا قال : لك على ألف . ثم قال : كان وديعة فتلف . لم يقبل قوله ؛ لأنه متناقض . وقد سبق نحو من هذا .

فصل : وإن قال : لك على مائة ذرهيم . ثم أحضرها ، وقال : هذه التي أقررت بها ، وهي وديعة كانت لك عندي . فقال المقر له : هذه وديعة ، والتي أقررت بها غيرها ، وهي دين عليك . فقول الخرقى يقتضي أن القول قول المقر له . وهو قول أبي حنيفة . وقال القاضي : القول قول المقر مع يمينه . وللشافعي قولان ، كالوجهين ، وتعليقهما ما تقدم . وإن كان قال في إقراره : لك على مائة في ذمتي . فإن القاضي وافق ههنا في أنه لا يقبل قول المقر ؛ لأن الوديعة عين لا تكون في الذمة . قال : وقد (٧) يقبل ؛ لأنه يحتمل : في ذمتي أداؤها . ولأنه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها ، فكان ضمائها عليه في ذمته . ولأصحاب الشافعي في هذه وجهان . فأما إن وصل ذلك بكلامه ، فقال : لك على مائة وديعة . قبل ؛ لأنه وصل كلامه بما يحتمله ، فصح .

(٤) سورة النساء ١١ .

(٥) سورة الإسراء ٧ .

(٦) سقط من : أ ، ب ، م .

(٧) في أ ، ب ، م زيادة : « قيل » .

كما لو قال : لَهُ عَلَى دَرَاهِمُ نَاقِصَةٌ . / وإن قال : لَهُ عَلَى مِائَةِ وَدِيعَةٍ دَيْنًا ، أَوْ مُضَارِبَةً دَيْنًا . صَحَّ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ يَتَعَدَّى فِيهَا ، فَتَكُونُ دَيْنًا ، وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ أَنَّهُ شَرَطَ عَلَى ضَمَانِهَا . لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهَا لَا^(٨) تَصِيرُ بِذَلِكَ دَيْنًا . وَإِنْ قَالَ : عِنْدَهُ مِائَةُ وَدِيعَةٍ ، شَرَطَ عَلَى ضَمَانِهَا . لَمْ يَلْزِمُهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ لَا تَصِيرُ بِالشَّرْطِ مَضْمُونَةً . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْ عِنْدِي^(٩) مِائَةُ دِرْهَمٍ عَارِيَّةٍ . لَزِمَتْهُ ، وَكَانَتْ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ ، سَوَاءً حَكَمْنَا بِصِحَّةِ الْعَارِيَّةِ فِي الدَّرَاهِمِ أَوْ بِفَسَادِهَا ؛ لِأَنَّ مَا ضَمِنَ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ضَمِنَ فِي الْفَاسِدِ . وَإِنْ قَالَ : أَوْدَعْنِي مِائَةً ، فَلَمْ أَقْبِضْهَا . أَوْ أَقْرَضْنِي مِائَةً ، فَلَمْ أَخْذُهَا . قُبِلَ قَوْلُهُ مُتَّصِلًا ، وَلَمْ يُقْبَلْ إِذَا كَانَ مُتَفَصِّلًا . وَهَكَذَا إِذَا قَالَ : نَقَدْنِي مِائَةً ، فَلَمْ أَقْبِضْهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : لَهُ فِي هَذَا الْعَبْدِ أَلْفٌ . أَوْ : لَهُ مِنْ هَذَا الْعَبْدِ أَلْفٌ . طُولِبَ بِالْبَيَانِ ، فَإِنْ قَالَ : نَقَدَ عَنِّي أَلْفًا فِي ثَمَنِهِ . كَانَ قَرْضًا ، وَإِنْ قَالَ : نَقَدَ^(١٠) فِي ثَمَنِهِ أَلْفًا . قُلْنَا : بَيْنَ كَمْ ثَمَنَ الْعَبْدِ ، وَكَيْفَ كَانَ الشَّرَاءُ ؟ فَإِنْ قَالَ : بِإِجَابٍ وَاحِدٍ ، وَزَنَ أَلْفًا وَوَزَنْتُ أَلْفًا . كَانَ مُقْرَأً بِنِصْفِ الْعَبْدِ ، وَإِنْ قَالَ : وَزَنْتُ أَنَا^(٨) أَلْفَيْنِ . كَانَ مُقْرَأً بِثُلَاثِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، سَوَاءً كَانَتِ الْقِيَمَةُ قَدَرًا مَذْكُورُهُ ، أَوْ أَقَلَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُعِينُ وَقَدْ يُعِينُ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتَاهُ^(١١) بِإِجَابَتَيْنِ . قِيلَ : فَكَمْ اشْتَرَى مِنْهُ ؟ فَإِنْ قَالَ : نِصْفًا ، أَوْ ثُلَاثًا ، أَوْ أَقَلَّ ، أَوْ أَكْثَرَ . قُبِلَ مِنْهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَافَقَ الْقِيَمَةُ أَوْ خَالَفَهَا . وَإِنْ قَالَ : وَصَّى لَهُ بِأَلْفٍ مِنْ ثَمَنِهِ . وَصُرِفَ إِلَيْهِ مِنْ ثَمَنِهِ أَلْفٌ . وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَهُ أَلْفًا مِنْ مَالِهِ ، مِنْ غَيْرِ ثَمَنِ الْعَبْدِ ، لَمْ يَلْزِمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ يَتَعَيَّنُ حَقُّهُ فِي ثَمَنِهِ . وَإِنْ فَسَّرَ

(٨) سقط من : الأصل ، م .

(٩) في الأصل ، م : « وعندي » .

(١٠) في الزيادة : « عني » .

(١١) في الأصل : « اشتريته » .

ذلك بِالْف من جَنَایَةِ جَنَاحِهَا الْعَبْدُ ، فَتَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ ، قُبِلَ ذلك ، وله يَبِيعُ الْعَبْدُ ، وَدَفْعُ الْأَلْفِ مِنْ ثَمَنِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ أَنَّهُ رَهْنٌ عِنْدَهُ بِالْف . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ فِي الذَّمَّةِ . وَالثَّانِي ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَتَعَلَّقُ بِالرَّهْنِ ، فَصَحَّ تَفْسِيرُهُ بِهِ ، كَالْجَنَایَةِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْفَصْلِ جَمِيعِهِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : لَهُ فِي مَالِي هَذَا الْف ، أَوْ مِنْ مَالِي الْف . وَفَسَّرَهُ بِدَيْنٍ أَوْ وَدِيعَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ فِيهِ ، قُبِلَ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ لَيْسَ هُوَ لغيره . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَقْرَبُ بِالْف ، فَقُبِلَ ، كَمَا لَوْ قَالَ : فِي مَالِي . وَيجوزُ أَنْ يُضَيَّفَ إِلَيْهِ مَالًا بَعْضُهُ لغيره . وَيجوزُ أَنْ يُضَيَّفَ مَالٌ غَيْرُهُ إِلَيْهِ ، لِإِخْتِصَاصِهِ لَهُ بِهِ ، أَوْ يَدَّ لَهُ عَلَيْهِ ، أَوْ وَلَايَةٍ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ ^(١٢) وَقَالَ سُبْحَانَهُ فِي النِّسَاءِ : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ﴾ ^(١٣) . وَقَالَ لِأَزْوَاجِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾ ^(١٤) . فَلَا يَبْطُلُ إِقْرَارُهُ مَعَ احْتِمَالِ صِحَّتِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ هَبَةً . قُبِلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ . وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ تَقْيِيضِهَا ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ فِيهَا لَا تَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِيمَا إِذَا قَالَ : لِفُلَانٍ فِي دَارِي هَذِهِ نِصْفُهَا ، أَوْ مِنْ دَارِي بَعْضُهَا ، وَقَدْ ثَقُلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى رَوَايَتَيْنِ ، قَالَ فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّأٍ فِي مَنْ قَالَ : نِصْفُ عَبْدِي هَذَا لِفُلَانٍ . لَمْ يَجْزُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ ^(١٥) وَهَبْتُهُ . وَإِنْ قَالَ : نِصْفُ مَالِي هَذَا لِفُلَانٍ . لَا أَعْرِفُ هَذَا . / وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ : إِذَا قَالَ : فَرَسِي هَذِهِ لِفُلَانٍ . فَأَقْرَارُهُ جَائِزٌ . فَظَاهِرُ هَذَا صِحَّةُ الْإِقْرَارِ .

(١٢) سورة النساء ٥ .

(١٣) سورة الطلاق ١ .

(١٤) سورة الأحزاب ٣٣ .

(١٥) في م زيادة : « قد » .

فإن قال : له في هذا المال نصفه ، أو له نصف هذه الدار . فهو إقرار صحيح . وإن قال : له في هذا المال ألف . صح . وإن قال : له في ميراث أبي ألف . فهو إقرار يدين على التركة . وإن قال : في ميراثي من أبي . وقال : أردت هبة . قبل منه ، ولأنه إذا أضاف الميراث إلى أبيه ، فمقتضاه ما خلفه ، فيقتضي وجوب المقر به فيه ، وإذا أضاف الميراث إلى نفسه ، فمقتضاه ما ورثته وانتقل إلى ، فلا يحمل على الوجوب ، وإذا أضاف إليه منه جزءاً ، فالظاهر أنه جعل له جزءاً من ماله .

فصل : وإن قال : له في هذا العبد شركة . صح إقراره ، وله تفسيره بأي قدر كان منه . وقال أبو يوسف : يكون مقرراً بنصفه ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ ^(١٦) . فافتضى ذلك التسوية بينهم ، كذا ههنا . ولنا ، أن أي جزء كان له منه ، فله فيه شركة ، فكان له تفسيره بما شاء ، كالنصف ، وليس إطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازاً ، ولا مخالفاً للظاهر ، والآية تثبت التسوية فيها بدليل ، وكذلك الحكم إذا قال : هذا العبد شركة بيننا .

فصل في الإقرار بالمجهول : وإذا قال : لفلان على شيء . أو كذا . صح إقراره ، ولزمه تفسيره . وهذا لا خلاف فيه ، ويفارق الدعوى ، حيث لا تصح مجهولة ؛ لكون الدعوى له والإقرار عليه ، فلزمه ^(١٧) ما عليه مع الجهالة دون ماله ، ولأن المدعى إذا لم يصحح دعواه ، فله دأع إلى تحريرها ، والمقر لا داعي له إلا التحرير ، ولا يؤمن رجوعه عن إقراره ، فيضيع حق المقر له ، فالزمناء إياه مع الجهالة ، فإن امتنع من تفسيره ، حبس حتى يفسر . وقال القاضي : يجعل ناكلاً ، ويؤمر المقر له بالبيان ، فإن بين شيئاً ، فصدقه المقر ، ثبت ، وإن كذبه ، وامتنع من البيان ، قيل

(١٦) سورة النساء ١٢ .

(١٧) في ١ : « فلزم » .

له : إن بَيَّنْتَ ، وَإِلَّا جَعَلْنَاكَ نَاقِلًا ، وَقَضَيْنَا عَلَيْكَ . وهذا قول أصحاب الشافعي ، إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا : إن بَيَّنْتَ وَإِلَّا حَلَفْنَا^(١٨) الْمُقَرَّرَ لَهُ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ ، وَأَوْجِبْنَاهُ عَلَيْكَ . فَإِنْ فَعَلَ ، وَإِلَّا أَحْلَفْنَا الْمُقَرَّرَ لَهُ ، وَأَوْجِبْنَاهُ عَلَى الْمُقَرَّرِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلُ ، أَنَّهُ مُمْتَنِعٌ مِنْ حَقِّ عَلَيْهِ ، فَيُخْبَسُ بِهِ ، كَالْوَقْفِ عَلَيْهِ وَامْتِنَاعٍ مِنْ أَذَائِهِ . وَمَعَ ذَلِكَ مَتَى عَيْنُهُ الْمُدَّعَى وَادَّعَاهُ ، فَتَكَلَّ الْمُقَرَّرُ ، فَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرُوهُ . وَإِنْ مَاتَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، أَخَذَ وَرَثَتُهُ بِمِثْلِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ عَلَى مَوْرُوئِهِمْ ، فَيَتَعَلَّقُ بِتَرَكَّتِهِ وَقَدْ صَارَتْ إِلَى الْوَرِثَةِ ، فَيَلْزَمُهُمْ مَا لَزِمَ مَوْرُوئِهِمْ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْحَقُّ مُعَيَّنًا . وَإِنْ لَمْ يَخْلُفِ الْمَيِّتُ تَرَكَّةً ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْوَرِثَةِ . وَمَتَى فَسَّرَ إِقْرَارَهُ بِمَا يُتِمُّوهُ فِي الْعَادَةِ ، قَبْلَ تَفْسِيرِهِ وَثَبَتَ ، إِلَّا أَنْ يُكَذِّبَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، وَيَدَّعِيَ جِنْسًا آخَرَ ، أَوْ لَا يَدَّعِي شَيْئًا ، فَيَبْطُلُ إِقْرَارُهُ . وَإِنْ فَسَّرَهُ بِمَا لَا يُتِمُّوهُ عَادَةً ، كَقِشْرَةِ جَوَرَةٍ ، أَوْ قِشْرَةِ بَازِلِجَانَةٍ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ / لِأَنَّ إِقْرَارَهُ اعْتِرَافٌ بِحَقِّ عَلَيْهِ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ ، وَهَذَا لَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ . وَكَذَلِكَ إِنْ فَسَّرَهُ بِمَا لَيْسَ بِمَالٍ فِي الشَّرْعِ ، كَالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْمَيْتَةِ ، لَمْ يُقْبَلْ . وَإِنْ فَسَّرَهُ بِكُلِّ مَا لَا يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ ، فَكَذَلِكَ . وَإِنْ فَسَّرَهُ بِكُلِّ مَا يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ ، أَوْ جَلِدَ مَيْتَةٍ غَيْرَ مَذْبُوحٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ شَيْءٌ يَجِبُ رَدُّهُ عَلَيْهِ^(١٩) ، وَتَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ، فَالْإِجَابُ يَتَنَاوَلُهُ . وَالثَّانِي ، لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارًا عَمَّا يَجِبُ ضَمَانُهُ ، وَهَذَا لَا يَجِبُ ضَمَانُهُ . وَإِنْ فَسَّرَهُ بِحَبَّةٍ حِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ وَنَحْوِهَا ، لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يُتِمُّوهُ عَادَةً عَلَى انْفِرَادِهِ . وَإِنْ فَسَّرَهُ بِحَدِّ قَذْفٍ ، قَبْلَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ يَجِبُ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤُولُ إِلَى مَالٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مَا ثَبَتَ فِي الذِّمَّةِ صَحَّ أَنْ يُقَالَ : هُوَ عَلَى . وَإِنْ فَسَّرَهُ بِحَقِّ شَفْعَةٍ ، قَبْلَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ ، وَيُؤُولُ إِلَى الْمَالِ . وَإِنْ فَسَّرَهُ بِرَدِّ السَّلَامِ ، أَوْ تَشْمِيمِ الْعَاطِسِ وَنَحْوِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ يَنْسَقُطُ بِفَوَاتِهِ ، فَلَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ . وَهَذَا الْإِقْرَارُ يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِ الْحَقِّ فِي الذِّمَّةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلَ تَفْسِيرُهُ بِهِ ، إِذَا أَرَادَ أَنْ حَقًّا عَلَى رَدِّ سَلَامِهِ إِذَا سَلَّمَ ، وَتَشْمِيمَتِهِ إِذَا

(١٨) فِي ١ : « أَحْلَفْنَا » .

(١٩) فِي ب زِيَادَةً : « وَيَجِبُ » .

عَطَسَ ؛ لما رَوَى فِي الْحَبَرِ : « لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ ثَلَاثُونَ حَقًّا : يَرُدُّ سَلَامَهُ ، وَيُسَمِّتُ عَطَسَتَهُ ، وَيُجِيبُ دَعْوَتَهُ » . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ (٢٠) . وَإِنْ قَالَ : غَصَبْتُهُ شَيْئًا . وَفَسَّرَهُ بِمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، قَبِلَ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْعَصَبِ يَقَعُ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : غَصَبْتُهُ نَفْسَهُ . لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ الْعَصَبَ لَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ . وَهَذَا الْفَصْلُ أَكْثَرُهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحَكَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ تَفْسِيرُ إِقْرَارِهِ بِغَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ؛ لِأَنَّ غَيْرَهُمَا لَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ بِنَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ يَدْخُلُ تَحْتَ الْعَقْدِ ، فَجَازَ أَنْ يُفَسَّرَ بِهِ الشَّيْءُ فِي الْإِقْرَارِ ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، وَلَئِنَّهُ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ فِي الْجُمْلَةِ ، فَصَحَّ التَّفْسِيرُ كَالْمَكِيلِ ، وَلَا عِبْرَةَ بِسَبَبِ ثُبُوتِهِ فِي الْإِقْرَارِ بِهِ ، وَالْإِنْجَارِ عَنْهُ .

فصل : وَإِنْ أَقْرَبَ بِمَالٍ ، قَبِلَ تَفْسِيرُهُ بِقَلِيلِ الْمَالِ وَكَثِيرِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِغَيْرِ الْمَالِ الزَّكَاوِيِّ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ ﴾ (٢١) . وَقَوْلُهُ : ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ ﴾ (٢٢) . وَحَكَى بَعْضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ عَنْهُ ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهَا ، كَقَوْلِنَا . وَالثَّانِي ؛ لَا يُقْبَلُ إِلَّا أَوَّلُ نَصَابٍ مِنْ نُسْبِ الزَّكَاةِ ، مِنْ تَوْعِ أَمْوَالِهِمْ . وَالثَّالِثُ ، مَا يُقْطَعُ بِهِ السَّارِقُ ، وَيَصِيحُّ مَهْرًا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ (٢٣) . وَلَنَا ، أَنَّ غَيْرَ مَا ذَكَرُوهُ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الْمَالِ حَقِيقَةً وَعُرْفًا ، وَيَتِمُّوْلُ عَادَةً ، فَيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِهِ ، كَالَّذِي وَافَقُوا عَلَيْهِ . وَأَمَّا آيَةُ (٢٤) الزَّكَاةِ فَهِيَ عَامَّةٌ دَخَلَهَا التَّخْصِيسُ ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ ﴾ . لَمْ يَرُدَّ بِهِ الزَّكَاةُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا نَزَلَتْ بِمَكَّةَ قَبْلَ فَرَضِ الزَّكَاةِ ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهَا ، ثُمَّ يَرُدُّ قَوْلُهُمْ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ . وَالتَّزْوِيجُ جَائِزٌ بِأَيِّ تَوْعٍ كَانَ مِنَ الْمَالِ ، وَبِمَادُونِ النَّصَابِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ عَلَى مَالٍ عَظِيمٍ ، أَوْ كَثِيرٍ ، أَوْ جَلِيلٍ ، أَوْ خَطِيرٍ . جَازَ تَفْسِيرُهُ

(٢٠) لم نجده بهذا اللفظ ، وذكره السيوطي بألفاظ أخرى بروايات عدة ، في : الجامع الكبير ١ / ٦٥٤ .

(٢١) سورة التوبة ١٠٣ .

(٢٢) سورة الذاريات ١٩ .

(٢٣) سورة النساء ٢٤ .

(٢٤) في م : ٥ آيات .

بِالْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ ، كما لو قال : مَالٌ . لم يَزِدْ عليه . وهذا قول الشَّافِعِيِّ . وحكى عن أبى حنيفة : لا يَقْبَلُ تَفْسِيرَهُ بِأَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ ؛ لَأَنَّهُ يَقْطَعُ بِهِ السَّارِقُ ، ويكونُ صَدَاقًا عِنْدَهُ . وعنه : لا يَقْبَلُ بِأَقْلٍ مِنْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ . وبه قال صَاحِبَاهُ ؛ لَأَنَّهُ الَّذِي تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ . وقال بعضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ / كَقَوْلِهِمْ فِي الْمَالِ . ومنهم من قال : يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ أَقْلٌ زِيَادَةً . ومنهم مَنْ قال : قَدَّرَ الدِّيَّةَ . وقال اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ : اثْنَانِ وَسَبْعُونَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ﴾ ^(٢٥) . وكانت غَزَوَاتِهِ وَسَرَايَاهُ اثْنَتَيْنِ وَسَبْعِينَ . قالوا : وَلَأنَّ الْحَبَّةَ لَا تُسَمَّى مَالًا عَظِيمًا وَلَا كَثِيرًا . وَلنا ، أَنَّ مَا فُسِّرَ بِهِ الْمَالُ فُسِّرَ بِهِ الْعَظِيمُ ، كَالَّذِي سَلَّمُوهُ ، وَلَأنَّ الْعَظِيمَ وَالكَثِيرَ لَا حَدَّ لَهُ فِي الشَّرْعِ ، وَلَا فِي اللُّغَةِ ، وَلَا فِي الْعُرْفِ ، وَيَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ يَسْتَعْظِمُ الْقَلِيلَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَسْتَعْظِمُ الْكَثِيرَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَحْتَقِرُ الْكَثِيرَ ، فَلَمْ يَثْبُتْ فِي ذَلِكَ حَدٌّ يَرْجَعُ إِلَى تَفْسِيرِهِ بِهِ ، وَلَأنَّهُ مَا مِنْ مَالٍ إِلَّا وَهُوَ عَظِيمٌ كَثِيرٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا دُونَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ عَظِيمًا عِنْدَهُ ؛ لِفَقْرِ نَفْسِهِ وَدَنَاءَتِهَا ، وَمَا ذَكَرُوهُ فَلَيْسَ فِيهِ تَحْدِيدٌ لِلْكَثِيرِ ، وَكَوْنُ مَا ذَكَرُوهُ كَثِيرًا لَا يَمْنَعُ الْكَثْرَةَ فِيمَا دُونَهُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا ﴾ ^(٢٦) . فَلَمْ يَنْصَرِفْ إِلَى ذَلِكَ ، وَقَالَ : ﴿ كَمْ مِنْ فِتْنَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِتْنَةً كَثِيرَةً ﴾ ^(٢٧) . فَلَمْ يُحْمَلْ عَلَى ذَلِكَ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا قَالَ : عَظِيمٌ جَدًّا ، أَوْ عَظِيمٌ عَظِيمٌ . كما لو لم يَقُلْهُ ؛ لَمَا قَرَّرْنَاهُ .

فصل : وإن قال : له عَلَى أَكْثَرٍ مِنْ مَالٍ فَلَانٍ . فَفَسَّرَهُ بِأَكْثَرٍ مِنْهُ عَدَدًا أَوْ قَدْرًا ، لَزِمَهُ أَكْثَرُ مِنْهُ ، وَتُفْسِّرُ الزِّيَادَةَ بِأَيِّ شَيْءٍ أَرَادَ ، وَلَوْ حَبَّةً أَوْ أَقْلًا . وإن قال : مَا عَلِمْتُ لِفُلَانٍ أَكْثَرَ مِنْ كَذَا وَكَذَا ^(٢٨) . وَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِأَكْثَرٍ مِنْهُ ، لَمْ يَلْزِمَهُ أَكْثَرُ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ ؛ لِأَنَّ مَبْلَغَ الْمَالِ حَقِيقَةً لَا يُعْرَفُ فِي الْأَكْثَرِ ، وَقَدْ يَكُونُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، فَيَمْلِكُ مَا لَا يَعْرِفُهُ

(٢٥) سورة التوبة ٢٥ .

(٢٦) سورة الأحزاب ٤١ .

(٢٧) سورة البقرة ٢٤٩ .

(٢٨) في م : « أَوْ كَذَا » .

المُقَرَّرُ ، فكان المَرْجِعُ إلى ما اعتَقَدَهُ المُقَرَّرُ مع يَمِينِهِ ، إذا ادَّعى عليه أَكْثَرُ منه . وإن فَسَّرَهُ بِأَقْلَ من ماله ، مع عِلْمِهِ بِمالِهِ ، لم يَقْبَلْ . وقال أَصْحَابُنَا : يَقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِالْقَلِيلِ والكَثِيرِ . وهو مذهب الشافعي ، سواء عِلِمَ مالُ فُلَانٍ أو جَهْلُهُ ، أو ذَكَرَ قَدْرَهُ أو لم يَذْكُرْهُ ، أو قاله عَقِيبَ الشَّهَادَةِ بِقَدْرِهِ أَوَّلًا^(٢٩) ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَكْثَرُ مِنْهُ بَقَاءً أو مَنْفَعَةً أو بَرَكَةً ، لِكَوْنِهِ مِنَ الْحَلَالِ ، أو لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ . قال القاضي : ولو قال : لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِينَارٍ . فقال : لَكَ عَلَيَّ أَكْثَرُ من ذلك . لم يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ أَكْثَرُ مُبْهَمَةٌ ، لِاحْتِمَالِهَا ما ذَكَرْنَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَكْثَرُ مِنْهُ فُلُوسًا ، أو حَبَّ حِنْطَةٍ أو شَعِيرٍ أو دُخْنٍ ، فَرَجَعَ فِي تَفْسِيرِهَا إِلَيْهِ . وهذا بَعِيدٌ ؛ فَإِنَّ لَفْظَةَ أَكْثَرُ إِنَّمَا تُسْتَعْمَلُ حَقِيقَةً فِي الْعَدَدِ ، أو فِي الْقَدْرِ ، وَتَنْصَرِفُ إِلَى جِنْسٍ ما أَضْيَفَ أَكْثَرُ إِلَيْهِ ، لَا يُفْهَمُ فِي الْإِطْلَاقِ غَيْرُ ذَلِكَ ، قال الله تعالى : ﴿ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْهُمْ ﴾^(٣٠) . وأخبر عن الذي قال : ﴿ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا ﴾^(٣١) . ﴿ وَقَالُوا نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوَالًا وَأَوْلَدًا ﴾^(٣٢) . والإقرارُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِالظَّاهِرِ دونِ مُطْلَقِ الاحْتِمَالِ ، ولهذا لو أَقَرَّ بِدَرَاهِمَ ، لَزِمَهُ أَقْلُ الْجَمْعِ جَيَادًا صِحَاحًا وَارِثَةً حَالَةً . ولو قال : له عَلَيَّ دَرَاهِمُ . لم يَقْبَلْ تَفْسِيرُهَا بِالْوَدِيعَةِ . ولو رَجَعَ إِلَى مُطْلَقِ الاحْتِمَالِ لَسَقَطَ الْإِقْرَارُ . واحْتِمَالُ ما ذَكَرُوهُ أَبْعَدُ مِنْ هَذِهِ الاحْتِمَالَاتِ الَّتِي لَمْ يَقْبَلُوا تَفْسِيرَها بِهَا ، فلا يُعَوَّلُ عَلَى هَذَا .

فصل : ولو قال : له عَلَيَّ أَلْفٌ ، إِلَّا شَيْئًا . قَبِلَ تَفْسِيرُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ يَحْتَمِلُ الْقَلِيلَ والكَثِيرَ ، لَكِنْ لَا يَجُوزُ اسْتِثْنَاءُ الْأَكْثَرِ . فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى ما دونِ التَّنْصِيفِ . وكذلك إن قال : إِلَّا قَلِيلًا ؛ لِأَنَّهُ / مُبْهَمٌ ، فَأَشْبَهَ قَوْلَهُ : إِلَّا شَيْئًا . وإن قال : له عَلَيَّ مُعْظَمُ أَلْفٍ ، أو جُلُّ أَلْفٍ ، أو قَرِيبُ مِنْ أَلْفٍ . لَزِمَهُ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الْأَلْفِ ، وَيَحِلُّفُ عَلَى الزِّيَادَةِ إِنْ ادَّعَيْتَ عَلَيْهِ .

(٢٩) سقط من : ب .

(٣٠) سورة غافر ٨٢ .

(٣١) سورة الكهف ٣٤ .

(٣٢) سورة سبأ ٣٥ .

فصل : وإن قال : له عَلَى كذا . ففيه ثلاثُ مسائلٍ ؛ أحدها ، أن يقول : كذا . بغير تَكْرِيرٍ ولا عَطْفٍ . الثانية ، أن يُكْرَرَ بغير عَطْفٍ . الثالثة ، أن يَعْطِفَ ، فيقول : كذا وكذا . فأما الأولى ، فإذا قال : له عَلَى^(٣٣) كذا درهم . لم يَحُلْ من أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ ؛ أحدها ، أن يقول : له عَلَى كذا درهم . بالرَّفْعِ ، فَيَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ . وَتَقْدِيرُهُ شَيْءٌ هُوَ دِرْهَمٌ ، فَجَعَلَ الدَّرْهَمَ بَدَلًا من كذا . الثاني ، أن يقول : دِرْهَمٍ . بالجَرِّ ، فَيَلْزَمُهُ جُزْءٌ دِرْهَمٍ ، يُرْجَعُ في تَفْسِيرِهِ إِلَيْهِ ، وَالتَّقْدِيرُ جُزْءُ دِرْهَمٍ ، أو بعض دِرْهَمٍ . ويكون كذا كِنَايَةً عنه . الثالث ، أن يقول : دِرْهَمًا . بالنَّصْبِ ، فَيَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ ، ويكون مَنْصُوبًا على التَّفْسِيرِ ، وهو التَّمْيِيزُ . وقال بعضُ النُّحَوِيِّينَ : هو مَنْصُوبٌ على الْقَطْعِ ، كَأَنَّهُ قَطَعَ ما ابْتَدَأَ بِهِ ، وَأَقَرَّ بِدِرْهَمٍ . وهذا على قولِ نُحَاةِ الْكُوفَةِ . الرابع ، أن يَذْكُرَهُ بِالْوَقْفِ ، فَيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِجُزْءِ دِرْهَمٍ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ^(٣٤) يَجُوزُ أن يكونَ اسْقَاطُ حَرَكَةِ الْجَرِّ لِلْوَقْفِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وقال القاضي : يَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ في الْحَالَاتِ كُلِّهَا . وهو قولُ بعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . ولنا ، أن « كذا » اسْمٌ مُبْهَمٌ ، فَصَحَّ^(٣٥) تَفْسِيرُهُ بِجُزْءِ دِرْهَمٍ في حالِ الْجَرِّ وَالْوَقْفِ .

المسألة الثانية ، إذا قال : كذا كذا . بغير عَطْفٍ ، فَالْحُكْمُ فِيهَا^(٣٥) كَالْحُكْمِ في « كذا » بغير تَكْرَارٍ سِوَاءَ ، لَا يَتَغَيَّرُ الْحُكْمُ . وَلَا يَفْتَضِي تَكْرِيرُهُ الزِّيَادَةَ ، كَأَنَّهُ قال : شَيْءٌ شَيْءٌ^(٣٦) . وَلَئِنَّ إِذَا قَالَه بِالْجَرِّ ، اخْتَمَلَ أن يكونَ قد أَضَافَ جُزْءًا إلى جُزْءٍ ، ثُمَّ أَضَافَ الْجُزْءَ الْآخَرَ إلى الدَّرْهَمِ ، فَقَالَ : نِصْفَ تُسْعِ دِرْهَمٍ . وَهَكَذَا لو قال : كذا كذا كذا . لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ ثُلُثَ خُمُسِ سَبْعِ دِرْهَمٍ ، وَنَحْوَهُ .

المسألة الثالثة ، إذا عَطَفَ ، فقال : كذا وكذا درهم . بِالرَّفْعِ ، لَرِمَهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ ؛

(٣٣) سقط من : الأصل ، م .

(٣٤) في الأصل ، م زيادة : « لا » .

(٣٥-٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) سقط من : أ ، ب ، م .

لأنه ذكر شيئين ، ثم أبدل منهما درهمًا ، فصار كأنه قال : هما درهم . وإن قال : درهمًا . بالنصب ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، يلزمه درهم واحد . وهو قول أبي عبد الله ابن حامد ، والقاضي ؛ لأن « كذا » يحتمل أقل من درهم ، فإذا عطف عليه مثله ، ثم فسرها بدرهم واحد ، جاز ، وكان كلامًا صحيحًا . وهذا يحكى قولًا للشافعي . والوجه الثاني ، يلزمه درهمان . وهو اختيار أبي الحسن التميمي ؛ لأنه ذكر جمليتين ، فإذا فسّر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كل واحدة منهما ، كقوله : عشرون درهمًا . يعود التفسير إلى العشرين ، وكذا ههنا . وهذا يحكى قولًا ثانيًا للشافعي . والوجه الثالث ، يلزمه أكثر من درهم . ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجملة التي تليها ، فيلزمه بها درهم ، والأولى باقية على إنهايمها ، فيرجع^(٣٧) في تفسيرها إليه . وهذا يشبه مذهب التميمي . وقال محمد بن الحسن : إذا قال : كذا درهمًا . لزمه عشرون درهمًا ؛ لأنه أقل عددي يُفسّر بالواحد المنصوب . وإن قال : كذا كذا درهمًا . لزمه أحد عشر درهمًا ؛ لأنه أقل عددي^(٣٨) مركّب يُفسّر بالواحد المنصوب . وإن قال : كذا وكذا درهمًا . لزمه أحد وعشرون درهمًا^(٣٩) ؛ لأنه أقل عددي^(٣٨) عطف^(٤٠) بعضه على بعض يُفسّر بذلك ، وإن قال : كذا درهم . بالجّر ، لزمه مائة درهم^(٤١) ؛ لأنه أقل عددي يضاف إلى الواحد . وحكى عن أبي يوسف ، أنه إذا قال : كذا كذا ، أو كذا وكذا . يلزمه بهما أحد عشر درهمًا . ولنا ، أنه يحتمل ما قلنا ، ويحتمل ما قالوه ، فوجب المصير إلى ما قلنا ؛ لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فلا يجب بالشك ، كما لو قال : على ذراهم . لم يلزمه إلا أقل الجمع ، ولا يلزم كثرة الاستعمال ، فإن اللفظ إذا كان حقيقة في الأمرين ، جاز التفسير بكل واحد منهما . وعلى ما ذكره محمد يكون

١٩٥/٤ ط

(٣٧) في ب : « فرجع » .

(٣٨-٣٨) سقط من : ب .

(٣٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤٠) في ب : « يعطف » .

(٤١) سقط من : ا ، ب .

اللفظ المفرد موجباً لأكثر من المكرر ، فإنه يجب بالمفرد عشرون ، وبالمكرر^(٤٢) أحد عشر ، ولا تعرف لفظاً مفرداً متناولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره .

فصل : ولو قال : غصبتك ، أو غبنتك . لم يلزمه شيء ؛ لأنه قد يغصبه نفسه ، ويعبئه في غير المال . وإن قال : غصبتك شيئاً . وفسره يغصب نفسه ، لم يقبل ؛ لأنه جعل له مفعولين ، فجعله المفعول الأول شيئاً المفعول الثاني ، ويجب أن يكون الثاني غير الأول . وإن فسره بمال ، قبل وإن قل ، وإن فسره بكلب ، أو جلد ميتة ، أو سرجين^(٤٣) يتنفع به ، قبل ؛ لأنه قد يقهره فيأخذه منه . وإن فسره بما لا تنفع فيه ، أو بما لا يباح الانتفاع به ، لم يقبل ؛ لأن أخذ ذلك ليس بغصب .

فصل : وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول ؛ لأن الإقرار به صحيح ، وما كان صحيحاً في نفسه ، صححت الشهادة به ، كالمعلوم .

٨٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي زَهْنٌ . فَقَالَ الْمَالِكُ : وَدِيعَةٌ : كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ) .

إنما قدم قول المالك ؛ لأن العين ثبتت له بالإقرار ، وادعى المقر ديناً لا يعترف له به ، والقول قول المنكر . ولأنه أقر بمال لغيره ، وادعى أن له به^(١) تعلّقاً^(٢) ، فلم يقبل ، كما لو ادّعه بكلام متفصيل . وكذلك لو أقر له بدار ، وقال : استأجرتها . أو بثوب وادّعى أنه قصرة ، أو خاطه بأجر يلزم المقر له ، لم يقبل ؛ لأنه مدّع على غيره حقاً ، فلا يقبل قوله إلا ببينة . وكذلك لو قال : هذه الدار له ، ولى سكنها سنة .

فصل : وإن قال : لك على ألف من ثمن مبيع لم أقبضه . فقال المدعى عليه : بلى لي عليك ألف ، ولا شيء لك عندي . فقال أبو الخطاب : فيه وجهان ؛ أحدهما ،

(٤٢) في الأصل ، ١ ، م : « وبالمركب » .

(٤٣) السرجين : الزبل .

(١) في ب : « عليه » .

(٢) في م : « تعليقاً » .

القول قول المُقَرَّر له ؛ لأنه اعترف له بالآلف ، وادَّعى عليه مبيعاً ، فأشبه ما إذا قال : هذا رهنٌ . فقال المالك : ودِيعَةٌ . أو له عَلَى آلفٍ ولى عنده مبيعٌ لم أَقبِضْهُ . والثانى ، القول قول المُقَرَّر . قال القاضى : هو قياسُ المذهب . وهو قول الشافعى ، وأبى يوسف ؛ لأنه أَقرَّ بِحَقِّ فى مُقابَلَةِ حَقِّ له ، ولا يَنفَكُ أَحَدُهما عن الآخرِ ، فإذا لم يُسَلِّمْ له ماله ، لم يُسَلِّمْ لِلْمُقَرَّر له ما عليه ، كما لو قال لِرَجُلٍ : بِعْتُكَ هذا العَبْدَ بِالْف . قال : بَلْ مُلْكُنيهِ بغير شيءٍ . وفارقَ ما لو قال له : عِنْدِي رهنٌ . فقال المالك : بل ودِيعَةٌ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ يَنفَكُ عن الرهنِ . ولو قال السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ : بِعْتُكَ نَفْسَكَ بِالْف . فأَنكَرَ العَبْدُ . عَتَقَ ، ولا شيءَ لِلْمُقَرَّر ؛ لأنَّ العَتَقَ يَنفَكُ عن الثَّمنِ . ولا فَرْقَ بين أن يقولَ : لم أَقبِضْهُ . مُنْفَصِلاً أو مُتَّصِلاً . فلو قال : له عَلَى آلفٍ من ثَمَنِ مَبِيعٍ . ثم سَكَتَ ، ثم قال : لم أَقبِضْهُ . فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ ، كما لو كان مُتَّصِلاً ؛ لأنَّ إِقْرَارَهُ تَعَلَّقَ بِالمَبِيعِ ، والأَصْلُ عَدَمُ القَبْضِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ . فأَمَّا إِنْ قال : عَلَى آلفٍ . ثم سَكَتَ ، ثم قال : من ثَمَنِ مَبِيعٍ . لم يُقْبَلْ ؛ لأنه فَسَّرَ إِقْرَارَهُ بما يُسْقِطُ وَجوبَ تَسْلِيمِهِ بِكَلَامٍ مُنْفَصِلٍ ، فلم يُقْبَلْ ، كما لم^(٣) يُقْبَلْ لو قال : له عَلَى آلفٍ . ثم سَكَتَ ، ثم قال : مُوَجَّلٌ .

فصل : وإذا قال : بِعْتُكَ / جَارِيتِي هذه . قال : بَلْ زَوَّجْتَنِيهَا . فلا يَحِلُّو ؛ إِمَّا أَنْ يكونَ اخْتِلَافُهُما قَبْلَ نَقْدِ الثَّمنِ أو بَعْدَهُ ، وقَبْلَ الاستِيْلَادِ أو بَعْدَهُ ، فإن كان بَعْدَ اعْتِرَافِ البَائِعِ بِقَبْضِ الثَّمنِ ، فهو مُقَرَّرٌ بها لِمُدَّعى الزَّوْجِيَّةِ ؛ لأنه يَدَّعى عليه شيئاً ، والزَّوْجُ يُنْكَرُ أَنَّها مِلْكُهُ ، وَيَدَّعى حِلَّها له^(٤) بِالزَّوْجِيَّةِ ، فَيُثْبِتُ الحِلُّ ؛ لِاتِّفَاقِهِما عليه ، ولا تُرَدُّ إلى البَائِعِ لِاتِّفَاقِهِما على أَنَّهُ لا يَسْتَحِقُّ أَخْذَها . وإن كان قَبْلَ قَبْضِ الثَّمنِ وَبَعْدَ الاستِيْلَادِ ، فالْبَائِعُ يَقَرُّ أَنَّها صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ ، وَوَلَدُها حُرٌّ ، وَأَنَّهُ لا مَهْرَ له ، وَيَدَّعى الثَّمنَ ، والمُشْتَرَى يُنْكَرُ ذَلِكَ كُلَّهُ ، فَيُحَكِّمُ بِحُرِّيَّةِ الوَلَدِ ؛ لِإِقْرَارِهِ من يَنْسَبُ إِلَيْهِ مِلْكُهُ بِحُرِّيَّتِهِ ، ولا وِلَاءَ عليه ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِأَنَّهُ حُرٌّ الأَصْلُ ، ولا تُرَدُّ الأُمَّةُ إلى البَائِعِ ؛ لِإِقْرَارِهِ

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٤) سقط من : ١ .

بأنها أم ولد ، ولا يجوز نقل الملك فيها ، ويخلف المشتري أنه ما اشتراها ، ويسقط عنه ثمنها إلا قدر المهر ؛ فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه ، وإن اختلفا في سببه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وقال بعضهم : يتحالفان ، ولا يجب مهر ولا ثمن . وهو قول القاضي ، إلا أنه لا يجعل على البائع يمينا ؛ لأنه لا يرى اليمين في إنكار النكاح ، ونفقة الولد على أبيه ؛ لأنه حر ، ونفقة الأمة على زوجها ؛ لأنه إما زوج وإما سيد ، وكلاهما سبب لوجوب النفقة . وقال القاضي : نفقتها في كسبها ، فإن كان فيه فضل فهي موقوفة ؛ لأننا أزلنا عنها ملك السيد ، وأثبتنا لها حكم الاستيلاء . فإن مائت وتركت مالا ، فلبائع قدر ثمنها ؛ لأنه إما أن يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها ، وتركها للمشتري ، والمشتري مقر للبائع بها ، فيأخذ منها قدر ما يدعيه . وإن كان كاذبا ، فهي ملكه ، وتركها كلها له ، فيأخذ منها قدر ما يدعيه ، وبقيته موقوفة^(٥) . وإن مائت بعد الوطء ، فقد مائت حرة ، فميراثها لولدها وورثتها ، فإن لم يكن لها وارث ، فميراثها موقوف ؛ لأن أحدا لا يدعيه ، وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن ؛ لأنه يدعي الثمن على الواطيء ، وليس ميراثها له ؛ لأنه قد مات قبلها . وإن كان اختلافا قبل الاستيلاء ، فعندى أنها تقر في يد الزوج ؛ لاتفاقهما على حلها له ، واستحقاقه إمساكها ، وإنما اختلفا في السبب . ولا ترد إلى السيد ؛ لاتفاقهما على تحريمها عليه . وللبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر ؛ لاتفاقهما على استحقاقه لذلك . والأمر في الباطن على ذلك ؛ فإن السيد إن كان صادقا ، فالأمة حلال لزوجها بالبيع . وإن كان كاذبا ، فهي حلال له بالزوجية . والقدر الذي اتفقا عليه ، إن كان^(٦) السيد صادقا ، فهو يستحقه ثمنا ، وإن كان كاذبا ، فهو يستحقه مهرا . وقال القاضي : يخلف الزوج أنه ما اشتراها ؛ لأنه منكبر ، ويسقط عنه الثمن ، ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجية ؛ لأنه لا يستحلف فيه . وعند الشافعي : يتحالفان

(٥) في ١ : موقوف .

(٦) سقط من : الأصل .

مَعًا ، وَيَسْقُطُ الثَّمَنُ^(٧) عَنْ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ مَائِتٌ ، وَلَا يَجِبُ الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَدَّعِيهِ ، وَتُرَدُّ الْجَارِيَةُ إِلَى سَيِّدِهَا ، وَفِي كَيْفِيَّةِ رُجُوعِهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَرْجِعُ إِلَيْهِ ، فَيَمْلِكُهَا ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، كَمَا يَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي السَّلْعَةِ عِنْدَ فَلَسِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ هُنَا قَدْ تَعَدَّرَ ، فَيَحْتَاجُ السَّيِّدُ أَنْ يَقُولَ : فَسَخْتُ الْبَيْعَ . وَتَعُودُ إِلَيْهِ مِلْكًا .

وَالثَّانِي ، تَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي الظَّاهِرِ دُونَ الْبَاطِنِ ؛ لِأَنَّ / الْمُشْتَرِيَّ امْتَنَعَ مِنْ أَدَاءِ الثَّمَنِ مَعَ

إِمْكَانِهِ . فَعَلَى هَذَا يَبِيعُهَا الْحَاكِمُ وَيُوفِّيهِ ثَمَنَهَا ، فَإِنْ كَانَ وَفَّقَ حَقَّهُ ، فَحَسَنٌ . وَإِنْ كَانَ دُونَهُ ، أَخَذَهُ ، وَإِنْ زَادَ ، فَالزِّيَادَةُ لَا يَدَّعِيهَا أَحَدٌ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يُقْرِئُ بِهَا لِلْبَائِعِ ، وَالْبَائِعُ لَا يَدَّعِي أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، فَهَلْ تُقَرَّرُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، أَوْ تَرْجِعُ إِلَى نَيْتِ الْمَالِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . فَإِنْ رَجَعَ الْبَائِعُ ، وَقَالَ : صَدَقَ خَصْمِي ، مَا بَعْتُهُ إِلَّا بِهَا ، بَلْ زَوَّجْتُهُ . لَمْ يَقْبَلْ فِي إسْقَاطِ حُرِّيَةِ الْوَلَدِ ، وَلَا فِي اسْتِرْجَاعِهَا إِنْ صَارَتْ أُمًّا وَلَدًا ، وَقَبِلَ فِي إسْقَاطِ الثَّمَنِ ، وَاسْتِحْقَاقِ الْمَهْرِ ، وَأَخِذَ زِيَادَةَ الثَّمَنِ ، وَاسْتِحْقَاقِ مِيرَاثِهَا وَمِيرَاثِ وَلَدِهَا . وَإِنْ رَجَعَ الزَّوْجُ ، ثَبَّتَتِ الْحُرِّيَةُ ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ .

فصل : وَلَوْ أَقَرَّ رَجُلٌ بِحُرِّيَةِ عَبْدٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، أَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ بِحُرِّيَةِ عَبْدٍ لِغَيْرِهِمَا فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُمَا ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَحَدُهُمَا مِنْ سَيِّدِهِ ، عُتِقَ فِي الْحَالِ ؛ لِإِعْتِرَافِهِ بِأَنَّ الَّذِي اشْتَرَاهُ حُرٌّ ، وَيَكُونُ الْبَيْعُ صَحِيحًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ لَهُ^(٨) بِرَقِّهِ ، وَفِي حَقِّ الْمُشْتَرِي اسْتِنْفَادًا وَاسْتِخْلَاصًا ، فَإِذَا صَارَ فِي يَدِهِ^(٩) ، حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ ؛ لِإِفْرَاقِهِ السَّابِقِ ، وَيَصِيرُ كَمَا لَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا ، فَرَدَّ الْحَاكِمُ شَهَادَتَهُمَا ، فَدَفَعَا إِلَى الزَّوْجِ عَوْضًا لِيُخْلَعَهَا ، صَحَّ ، وَكَانَ فِي حَقِّهِ خُلْعًا صَحِيحًا ، وَفِي حَقِّهِمَا اسْتِخْلَاصًا ، وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ مَوْفُوفًا ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ ، فَإِنَّ الْبَائِعَ يَقُولُ : مَا أَعْتَقْتُهُ . وَالْمُشْتَرِي يَقُولُ : مَا أَعْتَقْتُهُ . وَالْمُشْتَرِي يَقُولُ : مَا أَعْتَقْتُهُ إِلَّا الْبَائِعُ وَأَنَا اسْتِخْلَصْتُهُ . فَإِنْ مَاتَ وَخَلَفَ مَالًا ، فَرَجَعَ أَحَدُهُمَا عَنْ قَوْلِهِ ، فَاَلْمَالُ لَهُ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا

(٧) فِي الْأَصْلِ : وَ الْبَيْنِ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٩) فِي : أ : وَ يَدِيهِ .

يَدَّعِيهِ سِوَاهُ ، لِأَنَّ الرَّاجِعَ إِنْ كَانَ الْبَائِعَ ، فَقَالَ : صَدَقَ الْمُشْتَرِي ، كُنْتُ أَعْتَقْتُهُ .
 فَالْوَلَاءُ لَهُ ، وَلَزِمَهُ رَدُّ الثَّمَنِ إِلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَقْرَارِهِ بِبُطْلَانِ الْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ الرَّاجِعُ
 الْمُشْتَرِي ، قُبِلَ فِي الْمَالِ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ سِوَاهُ ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي نَفْيِ الْحُرِّيَةِ ؛ لِأَنَّهَا
 حَقٌّ لغيره . وَإِنْ رَجَعَا مَعًا ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُوقَفَ حَتَّى يَصْطَلِحَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لِأَحَدِهِمَا ،
 وَلَا يَعْرِفُ عَيْنَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ يَحْلِفُ وَيَأْخُذُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . وَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ
 وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقَرُّ فِي يَدِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ
 أَحَدِهِمَا ، فَهُوَ لَبِيتَ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَدَّعِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَبِيتَ الْمَالِ عَلَى كُلِّ
 حَالٍ ؛ لِذَلِكَ .

فصل : وَلَوْ أَقَرَّ لِرَجُلٍ بَعْدَ أَوْ غَيْرِهِ ، ثُمَّ جَاءَ بِهِ ، وَقَالَ : هَذَا الَّذِي أَقَرَرْتُ ^(١) لَكَ
 بِهِ . قَالَ : بَلْ هُوَ غَيْرُهُ . لَمْ يَلْزِمُهُ تَسْلِيمُهُ إِلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَيَحْلِفُ الْمُقَرَّرُ أَنَّهُ
 لَيْسَ لَهُ عِنْدَهُ عَبْدٌ سِوَاهُ . فَإِنْ رَجَعَ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، فَادَّعَاهُ ، لَزِمَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَ لَهُ
 فِيهِ . وَإِنْ قَالَ الْمُقَرَّرُ لَهُ : صَدَقْتُ ^(٢) ، هَذَا إِلَى وَالَّذِي أَقَرَرْتُ بِهِ آخِرُ لِي عِنْدَكَ . لَزِمَهُ
 تَسْلِيمُهُ هَذَا ، وَيَحْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْآخَرِ .

٨٥٦ - مسألة : قَالَ : (وَلَوْ مَاتَ ، فَخَلَفَ وَلَدَيْنِ ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِأَخٍ أَوْ
 أُخْتٍ ، لَزِمَهُ أَنْ يُعْطِيَ الْفَضْلَ الَّذِي فِي يَدِهِ لِمَنْ أَقَرَّ لَهُ بِهِ ^(١))

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ أَحَدَ الْوَارِثَيْنِ إِذَا أَقَرَّ بِوَارِثٍ ثَالِثٍ ، مُشَارِكٍ لهما فِي الْمِيرَاثِ ، لَمْ يَثْبُتِ
 النَّسَبُ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَتَّبَعُ ، فَلَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُهُ فِي حَقِّ الْمُقَرَّرِ دُونَ
 الْمُنْكَرِ ، وَلَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتُهُ فِي حَقِّهِمَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مُنْكَرٌ ، وَلَمْ تَوْجَدْ شَهَادَةً يَثْبُتُ بِهَا
 النَّسَبُ ، وَلَكِنَّهُ يُشَارِكُ الْمُقَرَّرَ فِي الْمِيرَاثِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا
 يُشَارِكُهُ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ سِيرِينَ . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : لَيْسَ بِشَيْءٍ حَتَّى يَقْرَأُوا جَمِيعًا ؛

(١٠-١١) سقط من : ب .

(١) سقط من : أ ، ب .

لأنه لم يثبت نسبه / ، فلا يرث ، كالمو أقر بنسب معروف النسب . ولنا ، أنه أقر بسبب مال لم يحكم بطلانه ، فلزمه المال ، كالمو أقر ببيع أو أقر بدين ، فأنكر^(٢) الآخر . وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب ؛ فإنه محكوم بطلانه . ولأنه يقر له بمال يدعيه المقر له ، ويجوز أن يكون له ، فوجب الحكم له به ، كالمو أقر بدين على أبيه ، أو أقر له وصية ، فأنكر سائر الورثة . إذا ثبت هذا ، فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه . وبهذا قال ابن أبي ليلى ، ومالك ، والثوري ، والحسن بن صالح ، وشريك ، ويحيى بن آدم ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : إذا كان اثنان ، فأقر أحدهما بأخ ، لزمه دفع نصف ما في يده ، وإن أقر بأخت ، لزمه ثلث ما في يده ؛ لأن^(٣) المنكر^(٤) أخذ ما لا يستحقه من التركة ، فصار كالغاصب ، فيكون الباقي بينهما ، كالمو غصب بعض التركة أجنبي . ولأن الميراث يتعلق ببعض التركة ، كما يتعلق بجميعها ، فإذا هلك بعضها ، أو غصب ، تعلق الحق بباقيها ، والذي في يد المنكر كالمعصوب ، فيقتسمان الباقي بالسوية ، كالمو غصبه أجنبي . ولنا ، أن التركة بينهم أثلاثا ، فلا يستحق مما في يده إلا الثلث ، كالمو ثبت نسبه ببيته . ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصته أخيه ، فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالإقرار بالوصية^(٥) ، وكالإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين . ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته ؛ لكونه يجزئها نفعا ، لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ، ولأنه حق لو ثبت ببيته لم يلزمه إلا قدر حصته ، فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك ، كالوصية . وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان ، لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وهما يستحق الثلث

(٢) في ١ : « فأنكره » .

(٣) في م : « لأنه » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في ب : « والوصية » .

« من كل جزءٍ من التركة ^(٦) . ولأصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقا فيما بينه وبين الله تعالى ، هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، يلزمه . وهو الأصح ، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه ؟ ^(٧) فيه وجهان ^(٨) .

فصل : وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشار إليهم في الميراث ، ثبت نسبهم ، سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ، ذكرًا أو أنثى . وهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، وحكاه عن أبي حنيفة ؛ لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه ، وذويونه ، والدُّيون التي عليه ، وبناته ، ودعاويه ، والأيمان التي له وعليه ^(٩) ، وكذلك في النسب . وقد روت عائشة ، أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمة في ابن أمة زمة ، فقال سعد : أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمة ، وأقبضه ، فإنه ابنه . فقال عبد بن زمة : هو ^(١٠) أخي ، وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه . فقال رسول الله ﷺ : « هو لك يا عبد بن زمة ، وللعاهر الحجر » . فقضى به لعبد بن زمة . وقال : « احتجبي منه يا سودة » ^(١١) . والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت إلا بإقرار / ١٩٧/٤ ظ

(٦-٦) في ١ ، ب : « فافترقا » .

(٧-٧) في م : « على وجهين » .

(٨) سقطت الواو من : م .

(٩) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، وباب شراء المملوك من الحرى وهيبته وعتقه ، من كتاب البيوع ، وفي : باب دعوى الوصي للميت ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب أم الولد ، من كتاب العتق ، وفي : باب قول الموصي تعاهد ولدى ... ، من كتاب الوصايا ، وفي : باب وقال الليث ... ، من كتاب المغازي ، وفي : باب الولد للفراش ، وباب من ادعى أخا أو ابن أخ ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب للعاهر الحجر ، من كتاب الحدود ، وفي : باب من قضى له بحق أخيه ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٣ / ٧٠ ، ١٠٦ ، ١٦١ ، ٤ / ٤ ، ٥ / ١٩٢ ، ٨ / ١٩١ ، ١٩٤ ، ٢٠٥ ، ٩ / ٩٠ . ومسلم ، في : باب الولد للفراش وتوق الشبهات ، من كتاب الرضا . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٠ ، ١٠٨١ . وأبو داود ، في : باب الولد للفراش ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٢٨ ، ٥٢٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن الولد للفراش ، من أبواب الرضا ، وفي : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٥ / ١٠٢ ، ١٠٣ ، ٨ / ٢٧٥ ، ٢٧٨ . والنسائي ، في : باب إلحاق الولد بالفراش ... ، وباب فراش الأمة ، من كتاب الطلاق . المنحى ٦ / ١٤٨ ، =

رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِإِقْرَارِ اثْنَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِلُ النَّسَبَ عَلَى غَيْرِهِ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ الْعَدَدُ ، كَالشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ يَثْبُتُ بِالْإِقْرَارِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ فِيهِ الْعَدَدُ ، كَالَّذَيْنِ . وَلَأَنَّهُ قَوْلٌ لَا تُعْتَبَرُ فِيهِ الْعَدَالَةُ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ الْعَدَدُ فِيهِ ، كِإِقْرَارِ الْمَوْرُوثِ ، وَاعْتِبَارُهُ بِالشَّهَادَةِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ اللَّفْظُ وَلَا الْعَدَالَةُ ، وَيَبْطُلُ بِالْإِقْرَارِ بِالَّذَيْنِ ^(١١) .

فصل في شروط الإقرار بالنسب : لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ خَاصَّةً ، أَوْ عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، فَإِنْ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ ، مِثْلُ أَنْ يُقَرَّ بَوَلَدٍ ، اعْتَبِرَ فِي ثُبُوتِ نَسَبِهِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْمُقَرَّبُ مَجْهُولَ النَّسَبِ ، فَإِنْ كَانَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَقْطَعُ نَسَبَهُ الثَّابِتَ مِنْ غَيْرِهِ ، وَقَدْ لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ مَنْ انْتَسَبَ إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ، أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ ^(١٢) . الثَّانِي ، أَنْ لَا يُتَنَازَعَهُ فِيهِ مُتَنَازِعٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَنَازَعَهُ فِيهِ غَيْرُهُ تَعَارَضَا ، فَلَمْ يَكُنْ إلْحَاقُهُ بِأَحَدِهِمَا أَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ . الثَّالِثُ ، أَنْ يُمَكِّنَ صِدْقُهُ ، بِأَنْ يَكُونَ الْمُقَرَّبُ بِهِ

= ١٤٩ . وابن ماجه ، في : باب الولد للفراش وللعاهر الحجر ، من كتاب النكاح ، وفي : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٦ ، ٦٤٧ ، ٢ / ٩٠٥ . والدارمي ، في : باب الولد للفراش ، من كتاب النكاح . وفي : باب في ميراث ولد الزنا ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ١٥٢ ، ٣٨٩ . والإمام مالك ، في : باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢ / ٧٣٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٧ ، ١٢٩ ، ٢٠٠ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ .

(١١) في ب : « وبالدين » .

(١٢) أخرجه البخاري ، في : باب حرم المدينة ، من كتاب فضائل المدينة ، وفي : باب ذمة المسلمين وجوارهم ... ، من كتاب الجزية . صحيح البخاري ٣ / ٢٦ ، ٤ / ١٢٢ . ومسلم ، في : باب تحريم تولي العتيق غير مواليه ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢ / ١١٤٧ . وأبو داود في : باب في الرجل ينتمي إلى غير مواليه ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢ / ٦٢٣ ، ٦٢٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا ، وفي : باب ما جاء في من تولي غير مواليه ... ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٨٧ . وابن ماجه ، في : باب من ادعى إلى غير أبيه ... ، من كتاب الحدود ، وفي : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢ / ٨٧٠ ، ٩٠٥ . والدارمي ، في : باب في الذي ينتمي إلى غير مواليه ، من كتاب السير ، وفي : باب من ادعى إلى غير أبيه ، من كتاب الفرائض ، سنن الدارمي ٢ / ٢٤٤ ، ٣٤٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣٢٨ ، ٤ / ٢٣٩ .

يَحْتَمِلُ أَنْ يُؤَلَّدَ لِمِثْلِهِ . الرابع ، أن يكون مِمَّنْ لَا قَوْلَ لَهُ ، كَالصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ ، أَوْ يُصَدَّقَ الْمُقَرَّرُ إِنْ كَانَ ذَا قَوْلٍ ، وَهُوَ الْمُكَلَّفُ ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُكَلَّفٍ ، لَمْ يُعْتَبَرْ تَصَدِيقُهُ . فَإِنْ كَبِرَ وَعَقَلَ ، فَأَنْكَرَ ، لَمْ يُسْمَعْ إِنْكَارُهُ ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ ، وَجَرَى ذَلِكَ مَجْرَى مَنْ ادَّعَى مِلْكَ عَبْدٍ صَغِيرٍ فِي يَدِهِ ، وَثَبَّتَ بِذَلِكَ مِلْكُهُ ، فَلَمَّا كَبِرَ جَحَدَ ذَلِكَ . وَلَوْ طَلَبَ إِخْلَافَهُ عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يُسْتَحْلَفْ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ لَوْ عَادَ فَجَحَدَ النَّسَبَ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ . وَإِنْ اعْتَرَفَ إِنْسَانٌ بِأَنْ هَذَا أَبُوهُ ، فَهُوَ كَاعْتِرَافِهِ بِأَنَّهُ ابْنُهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ إِقْرَارًا عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، كإِقْرَارِ بَأَخٍ ، اعْتَبِرَ فِيهِ الشَّرْطُ الْأَرْبَعَةُ ، وَشَرَطُ خَامِسٌ ، وَهُوَ كَوْنُ الْمُقَرَّرِ جَمِيعَ الْوَرَثَةِ ، فَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُ زَوْجًا أَوْ زَوْجَةً لَا وَارِثَ مَعَهُمَا ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِإِقْرَارِهِمَا ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ لَا يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ الْإِمَامُ مَعَهُ ، ثَبَّتَ النَّسَبَ ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُسْلِمِينَ ، فِي مُشَارَكَةِ الْوَارِثِ وَأَخِذِ الْبَاقِي . وَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ بِنْتًا أَوْ أُخْتًا أَوْ أُمًّا أَوْ ذَا فَرْضٍ يَرِثُ جَمِيعَ الْمَالِ بِالْفَرْضِ وَالرَّدِّ ، ثَبَّتَ النَّسَبَ بِقَوْلِهِ ، كَالَابْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ : لَا يَثْبُتُ بِقَوْلِهِ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرَى الرَّدَّ ، وَجَعَلَ الْبَاقِيَ لِبَنَاتِ الْمَالِ . وَلَهُمْ فِيهِمَا إِذَا وافَقَهُ الْإِمَامُ فِي الْإِقْرَارِ وَجْهَانِ . وَهَذَا مِنْ فُرُوعِ الرَّدِّ ، وَيُذَكَّرُ فِي مَوْضِعِهِ . وَإِنْ كَانَتْ بِنْتُ وَأُخْتُ ، أَوْ أُخْتُ وَزَوْجٌ ، ثَبَّتَ النَّسَبَ بِقَوْلِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَأْخُذَانِ الْمَالَ كُلَّهُ . وَإِذَا أَقَرَّ بِابْنِ ابْنِهِ ، وَابْنُهُ مَيِّتٌ ، اعْتَبِرَ ^(١٣) فِيهِ الشَّرْطُ الَّتِي تُعْتَبَرُ فِي الْإِقْرَارِ بِالْأَخِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَرَّ بَعَمُّ وَهُوَ ابْنُ جَدِّهِ ، فَعَلَى مَا ذَكَرْتَاهُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الْوَلَدَيْنِ غَيْرَ وَارِثٍ ، لَكَوْنِهِ رَقِيقًا ، أَوْ مُخَالَفًا لِإِدِينِ مَوْرُوثِهِ ، أَوْ قَاتِلًا ، فَلَا عِبرَةَ بِهِ ، وَثَبَّتَ النَّسَبُ بِقَوْلِ الْآخَرِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَحُوزُ جَمِيعَ الْمِيرَاثِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُ بِهِ يَرِثُ ، شَارَكَ الْمُقَرَّرُ فِي الْمِيرَاثِ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ وَارِثٍ ، لَوْجُودِ أَحَدِ الْمَوَانِعِ فِيهِ ، ثَبَّتَ نَسَبَهُ وَلَمْ يَرِثْ ؛ وَسِوَاءَ كَانَ الْمُقَرَّرُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا .

(١٣) فِي ١ : « اعْتَبِرَتْ » .

فصل : وإن كان أحد / الوارثين غير مُكَلِّف ، كالصبي والمجنون ، فأقر المُكَلِّف ١٩٨/٤
بأخ ثالث ، لم يثبت النسب بإقراره ؛ لأنه لا يحوز الميراث كله . فإن بلغ الصبي ، أو
أفاق المجنون ، فأقر به أيضا ، ثبت نسبه ؛ لاتفاق جميع الورثة عليه . وإن أنكر ، لم
يثبت النسب . وإن ماتا قبل أن يصيرا مُكَلِّفين ، ثبت نسب المقر به ؛ لأنه وجد
الإقرار من جميع الورثة ، فإن المقر به ^(١٤) صار جميع الورثة . ولو كان الوارثان بالغين
عقلين ، فأقر به أحدهما وأنكر الآخر ، ثم مات المنكر وورثه المقر ، ثبت نسب المقر
به ؛ لأن المقر ^(١٥) صار جميع الورثة ، فأشبهه مالهو أقر به ابتداء بعد موت أخيه ، وكألو
كان شريكه في الميراث غير مُكَلِّف . وفيه وجه آخر ، أنه لا يثبت النسب ؛ لأنه أنكره
بعض الورثة ، فلم يثبت نسبه ، كما لو لم يمت ، بخلاف ما إذا كان شريكه غير
مُكَلِّف ، فإنه ^(١٦) لم ينكره وارث . وهذا فيما إذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد
الميت ، فإن كان للميت وارث سواه ، أو من يشاركه في الميراث ، لم يثبت النسب
بقول الباقي منهما ، وجهها واحدا ؛ لأنه ليس كل الورثة ، ويقوم وارث الميت الثاني
مقامه ، فإذا وافق المقر في إقراره ثبت النسب ، وإن خالفه لم يثبت كالموروث . وإن
خلف ولدين ، فأقر أحدهما بأخ ، وأنكره الآخر ، ثم مات المنكر ، وخلف ابنا ، فأقر
بالذي أنكره أبوه ، ثبت نسبه ؛ لإقرار جميع الورثة به . ويحتمل أن لا يثبت ؛ لأنكار
الميت له .

فصل : وإذا أقر الوارث بمن يحجبه ، كأخ أقر بابن للميت ، وأخ من أب أقر بأخ
من أبوين ، وابن ابن أقر بابن للميت ، ثبت نسب المقر به ، وورث وسقط المقر .
وهذا اختيار ابن حامد والقاضي ، وقول أبي العباس بن سريج . وقال أكثر أصحاب
الشافعي : يثبت نسب المقر به ، ولا يرث ؛ لأن توريثه يُفْضِي ^(١٧) إلى إسقاط توريثه ،

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في م زيادة : (به) .

(١٦) في الأصل : (لأنه) .

(١٧) في ب : (يؤدي) .

فَسَقَطَ ، بَيَّانُهُ أَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَحَرَاجَ الْمُقَرَّبِ عَنْ كَوْنِهِ وَارِثًا ، فَيَنْطَلُ إِقْرَارُهُ ، وَيَسْقُطُ^(١٨) نَسَبُ الْمُقَرَّبِ بِهِ وَتَوْرِيثُهُ ، فَيُودَى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِسْقَاطِ نَسَبِهِ وَتَوْرِيثِهِ ، فَأُثْبِتْنَا النَّسَبَ دُونَ الْمِيرَاثِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ابْنُ ثَابِتِ النَّسَبِ ، لَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّهِ أَحَدُ مَوَانِعِ الْإِرْثِ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾^(١٩) .

أَيُ^(٢٠) فَيَرِثُ ، كَمَا لَوْ ثَبَتَ نَسَبُهُ بَيِّنَةً ، وَلَأنْ ثُبُوتُ النَّسَبِ سَبَبٌ لِلْمِيرَاثِ ، فَلَا يَجُوزُ قَطْعُ حُكْمِهِ عَنْهُ ، وَلَا يُورِثُ مَحْجُوبٌ بِهِ مَعَ وُجُودِهِ وَسَلَامَتِهِ مِنَ الْمَوَانِعِ . وَمَا اخْتَجَّجُوا بِهِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا نَعْتَبِرُ كَوْنَ الْمُقَرَّبِ وَارِثًا عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ الْمُقَرَّبِ بِهِ ، وَخُرُوجِهِ بِالْإِقْرَارِ عَنِ الْإِرْثِ لَا يَمْنَعُ صِحَّتَهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْإِبْنَ إِذَا أَقْرَبَ بِأَخٍ فَإِنَّهُ يَرِثُ ، مَعَ كَوْنِهِ يَخْرُجُ بِإِقْرَارِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ جَمِيعَ الْوَرِثَةِ . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ إِذَا صَدَقَهُ الْمُقَرَّبُ بِهِ ، فَصَارَ إِقْرَارًا مِنْ جَمِيعِ الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّبُ بِهِ طِفْلًا أَوْ مَحْنُوتًا ، لَمْ يُعْتَبَرِ قَوْلُهُ ،^(٢١) فَقَدْ أَقْرَبَ كُلُّ مَنْ يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ^(٢٢) . قُلْنَا : وَمِثْلُهُ هَهُنَا ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُقَرَّبُ بِهِ كَبِيرًا ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَصَدِيقِهِ ، فَقَدْ أَقْرَبَ بِهِ كُلُّ مَنْ يُعْتَبَرُ إِقْرَارُهُ^(٢٣) ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا غَيْرَ مُعْتَبَرِ الْقَوْلِ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِقَوْلِ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ كَانَا اثْنَيْنِ^(٢٤) أَحَدُهُمَا صَغِيرٌ فَاقْرَأَ الْبَالِغُ بِأَخٍ آخَرَ^(٢٥) ، لَمْ يُقْبَلْ ، وَلَمْ يَقُولُوا : إِنَّهُ لَا تُعْتَبَرُ مُوَافَقَتُهُ ، كَذَا هَهُنَا . وَلَأنَّهُ لَوْ كَانَ فِي يَدِ إِنْسَانٍ عَبْدٌ مَحْكُومٌ لَهُ بِمِلْكِهِ ، فَأَقْرَبَهُ لغيرِهِ ، ثَبَتَ لِلْمُقَرَّبِ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ^(٢٥) الْمُقَرَّبُ يَخْرُجُ بِالْإِقْرَارِ عَنْ كَوْنِهِ مَالِكًا ، كَذَا هَهُنَا .

فصل : / فَإِنْ خَلَفَ ابْنًا ، فَأَقْرَبَ بِأَخٍ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ ، ثُمَّ إِنْ أَقْرَبَ بِثَالِثٍ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ ١٩٨/٤ ظ

(١٨) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَثَبِت » .

(١٩) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

(٢٠) فِي ١ ، ب : « أَوْ » .

(٢١-٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٢-٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٣) فِي ١ ، ب ، م : « ابْنَيْنِ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أيضا ؛ لأنه إقرار من جميع الورثة . فإن قال الثالث : الثاني ^(٢٦) ليس بأخ لنا . فقال القاضي : يسقط نسب الثاني ؛ لأن الثالث وارث منكّر لنسب الثاني ، فأشبهه مالهو كان نسبه ثابتا قبل الثاني . وفيه وجه آخر : لا يسقط نسبه ولا ميراثه ؛ لأن نسبه ثبت بقول الأول ، ^(٢٧) وثبت ميراثه ، فلا يسقط بعد ثبوته ^(٢٧) ، ولأنه أقر به ^(٢٨) من هو كل الورثة حين الإقرار ، ^(٢٩) وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ^(٢٩) ، ولأن الثاني لو أنكر الثالث ، لم يثبت نسبه ، وإنما ثبت نسبه بإقراره ، فلا يجوز له إسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله ، كالأول ، ولأن ذلك يؤدي إلى إسقاط الأصل بالفرع الذي يثبت به .

فصل : وإن أقر الابن بأخويه دفعة واحدة ، فصدد كل واحد منهما صاحبه ، ثبت نسبهما . وإن تكاذبا ، ففيهما وجهان ؛ أحدهما ، لا يثبت نسبهما . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة . والثاني ، يثبت نسبهما ؛ لأن كل واحد منهما وجد الإقرار به من ثابت النسب ، هو كل الورثة حين الإقرار ، فلم تعتبر موافقة غيره ، كما لو كانا صغيرين . فإن كان أحدهما يصدد صاحبه ^(٣٠) دون الآخر ، ثبت نسب المتفق عليه منهما ، وفي الآخر وجهان . وإن كانا ثوأمين ، ثبت نسبهما ، ولم يلتفت إلى إنكار المنكر منهما ، سواء تجاحدا معا ، أو جحد أحدهما صاحبه ؛ لأننا نعلم كذبهما ، فإنهما لا يفتقان . ولو أقر الوارث بنسب أحدهما ، ثبت نسب الآخر ؛ لأنهما لا يفتقان في النسب . وإن أقر بنسب صغيرين ، دفعة واحدة ، ثبت نسبهما ، على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين . وهل يثبت على

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧-٢٧) سقط من : ١ ، ب .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩-٢٩) سقط من : الأصل . وفي ب : « موته » مكان « ثبوته » .

(٣٠) في الأصل : « بصاحبه » .

الْوَجْهِ الْآخَرِ ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرُّ بِهِ كُلُّ الْوَرَثَةِ حِينَ الْإِقْرَارِ ، وَلَمْ يَجْعَلْهُ أَحَدٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ انْفَرَدَ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَثْبُتَ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُهُمَا وَارِثٌ ، وَلَمْ يُقَرَّرْ بِصَاحِبِهِ ، فَلَمْ يَجْتَمِعْ كُلُّ الْوَرَثَةِ عَلَى الْإِقْرَارِ بِهِ ، وَيَدْفَعُ الْمُقَرَّرُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلُثَ الْمِيرَاثِ ، سِوَاءَ قُلْنَا بِثُبُوتِ النَّسَبِ أَوْ لَمْ نَقُلْ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرُ لَهُ ^(٣١) بِهِ .

فصل : إِذَا خَلَفَ امْرَأَةٌ وَأَخًا ، فَأَقَرَّتِ الْمَرْأَةُ بِأَبْنٍ لِلْمَيِّتِ ، وَأَنْكَرَ الْأَخُ ، لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، وَدَفَعَتْ إِلَيْهِ ثُمْنُ الْمِيرَاثِ ، وَهُوَ الْفَضْلُ الَّذِي فِي يَدِ الزَّوْجَةِ عَنْ مِيرَاثِهَا . وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ الْأَخُ وَحْدَهُ ، لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ جَمِيعَ مَا فِي يَدِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمَالِ . فَإِنْ خَلَفَ اثْنَيْنِ ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِامْرَأَةٍ لِأَبِيهِ ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، لَمْ تَثْبُتِ الزَّوْجِيَّةُ ، وَيَدْفَعُ إِلَيْهَا ثُمْنُ نَصْفِ الْمِيرَاثِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كَقَوْلِنَا ؛ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ زَالَتْ بِالْمَوْتِ ، وَإِنَّمَا الْمُقَرَّرُ بِهِ حَقُّهَا مِنَ الْمِيرَاثِ . وَلَهُمْ وَجْهٌ آخَرٌ : لَا شَيْءَ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ امْرَأَةٌ أُخْرَى ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُقَرَّرِ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْفَضْلَ الَّذِي تَسْتَحِقُّهُ فِي يَدِ غَيْرِ الْمُقَرَّرِ . وَكَذَلِكَ مَا كَانَ مِثْلَ هَذَا ، مِثْلُ أَنْ يَخْلُفَ أَخًا مِنْ أَبِي وَأَخًا مِنْ أُمٍّ ، فَيُقَرَّرَ الْأَخُ مِنَ الْأُمِّ بِأَخٍ لِلْمَيِّتِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُقَرَّرِ بِهِ ، سِوَاءَ أَقَرَّ بِأَخٍ مِنْ أَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنْ أَبِي / ، أَوْ مِنْ أُمٍّ ؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ فِي يَدِ غَيْرِ الْمُقَرَّرِ . وَإِنْ أَقَرَّ بِأَخَوَيْنِ مِنْ أُمٍّ ، دَفَعَ إِلَيْهِمَا ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرَّرُ أَتَاهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تُسْنَعُ ، وَفِي يَدِهِ سُدُسٌ ، وَهُوَ تُسْنَعُ وَنِصْفُ تُسْنَعٍ ، فَيَفْضَلُ فِي يَدِهِ نِصْفُ تُسْنَعٍ ، وَهُوَ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ .

و ١٩٩/٤

فصل : وَإِذَا شَهِدَ مِنَ الْوَرَثَةِ رَجُلَانِ عَدْلَانِ بِنَسَبٍ مُشَارِكٍ لَهُمْ فِي الْمِيرَاثِ ، ثَبَّتَ نَسَبُهُ إِذَا لَمْ يَكُونَا مُتَّهَمَيْنِ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَهِدَا عَلَى إِقْرَارِ الْمَيِّتِ بِهِ . وَإِنْ كَانَا مُتَّهَمَيْنِ ، كَأَخَوَيْنِ مِنْ أُمٍّ يَشْهَدَانِ بِأَخٍ مِنْ أَبَوَيْنِ ، فِي مَسْأَلَةٍ فِيهَا زَوْجٌ وَأُخْتَانِ مِنْ أَبَوَيْنِ ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ ثُبُوتَ نَسَبِهِ يُسْقِطُ الْعَوْلَ ، فَيَتَوَقَّرُ عَلَيْهِمَا الثُّلُثُ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَا

(٣١) سقط من : م .

بأخ من أب ، في مسألةٍ معهما أم وأخت من أبوين وأخت من أب ، لم تُقبل شهادتهما ؛ لأنَّ ثبوتَ نسبِهِ يُسقطُ أخته ، فيذهبُ العولُ من المسألة . فإن لم يكونا وارثين ، أو لم يكن للميتِ تركَّة ، قُبلتْ شهادتهما ، وثبتَ النسبُ ؛ لِعَدَمِ التَّهْمَةِ .

فصل : وإن أقرَّ رجلانِ عدلانِ بنسبٍ مُشاركٍ لهما في الميراثِ ، وثُمَّ وارثٌ غيرُهُما ، لم يثبتَ النسبُ ، إلَّا أن يشهدا به ، وهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : يثبتُ ؛ لأنَّهما بينةٌ . ولنا ، أنَّه إقرارٌ من بعضِ الورثة ، فلم يثبتْ به النسبُ ، كالواحد . وفارقَ الشهادة ؛ لأنَّه تُعتبرُ فيها العدالةُ والدُّكوريةُ ، والإقرارُ بخلافه .

فصل : إذا أقرَّ بنسبٍ ميتٍ ^(٣٢) ، صغيرٍ أو معجُونٍ ، ثبتَ نسبُهُ ، وورثَهُ . وهذا قال الشافعيُّ . ويَحْتَمِلُ أن يثبتَ نسبُهُ دونَ ميراثِهِ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ في قَصْدِ أَخْذِ ميراثِهِ . وقال أبو حنيفة : لا يثبتُ نسبُهُ ولا إرثُهُ ؛ لذلك . ولنا ، أنَّ عِلَّةَ ثبوتِ نسبِهِ في حَيَاتِهِ الإقرارُ به ، وهو موجودٌ بعدَ الموتِ ، فيثبتُ به ، كحالةِ الحَيَاةِ . وما ذَكَرُوهُ يَنْطُلُ بِمَا ^(٣٣) إذا كان المُقرُّ به حَيًّا مُوسِرًا ، أو المُقرُّ فقيرًا ، فإنَّه يثبتُ نسبُهُ ، ويملكُ المُقرُّ التَّصَرُّفَ في ماله ، وإيقافَهُ منه على نفسه . وإن كان المُقرُّ به كَبِيرًا عَاقِلًا ، فكذلك في قولِ القاضي ، وظاهرِ مذهبِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه لا قولَ له ، أشبهَ الصَّغِيرِ . وفيه وَجْهٌ آخر ، أنَّه لا يثبتُ نسبُهُ ؛ لأنَّ نسبَ المُكَلِّفِ لا يثبتُ إلَّا بِتَصَدِيقِهِ ، ولم يُوجَدْ . ويُجَابُ عن هذا بأنَّه غيرُ مُكَلِّفٍ ، فإن ادَّعى نسبَ المُكَلِّفِ في حَيَاتِهِ ، فلم يُصدِّقْهُ حتى ماتَ المُقرُّ ، ثم صدَّقَهُ ، ثبتَ نسبُهُ ؛ لأنَّه وُجِدَ الإقرارُ والتَّصَدِيقُ من المُقرِّ به ^(٣٤) ، فأشبهه ما لو صدَّقَهُ في حَيَاتِهِ . وقال أبو الخطَّابِ : وإذا أقرَّ رجلٌ بِزَوْجِيَّةِ امْرَأَةٍ ، أو أقرَّتْ أن فلانًا زَوْجُهَا ، فلم يُصدِّقْهُ المُقرُّ به ^(٣٥) إلَّا بعدَ موْتِهِ ، ورثَهُ ؛ لأنَّه وُجِدَ الإقرارُ والتَّصَدِيقُ معا .

(٣٢) سقط من : الأصل .

(٣٣) في الأصل ، م ، هـ ما .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) سقط من : ا ، ب ، م .

فصل : وإذا خَلَفَ رَجُلٌ امْرَأَةً وَابْنًا مِنْ غَيْرِهَا ، فَأَقَرَّ الابْنُ بِأَخٍ لَهُ ، لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُقَرَّ بِهِ كُلُّ الْوَرَثَةِ . وَهَلْ يَتَوَارَثَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَوَارَثَانِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَرُّ أَنَّهُ لَا وَارِثَ لَهُ سِوَى صَاحِبِهِ ، وَلَا مُنَازِعَ لَهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَتَوَارَثَانِ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ بَيْنَهُمَا لَمْ يَثْبُتْ ، فَإِنْ^(٣٦) كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَارِثٌ غَيْرُ صَاحِبِهِ ، لَمْ يَرِثْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُنَازِعٌ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ .

فصل : وإذا ثَبَتَ النَّسَبُ بِالْإِقْرَارِ ، ثُمَّ أُنْكَرَ الْمُقَرُّ ، لَمْ يُقْبَلْ إِنْكَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَسَبٌ^{١٩٩/٤ ط} ثَبَتَ بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ ؛ فَلَمْ يَزَلْ بِإِنْكَارِهِ ، كَالْوَلَدِ / ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِالْفِرَاشِ ، وَسِوَاهُ كَانَ الْمُقَرُّ بِهِ غَيْرَ مُكَلِّفٍ ، أَوْ مُكَلَّفًا ، فَصَدَّقَ الْمُقَرُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْقُطَ نَسَبُ الْمُكَلِّفِ بِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى الرَّجُوعِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِاتِّفَاقِهِمَا ، فَرَأَى رَجُوعَهُمَا ، كَالْمَالِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ نَسَبٌ ثَبَتَ بِالْإِقْرَارِ ، فَأَشْبَهَ نَسَبَ الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ . وَفَارَقَ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ لِإثْبَاتِهِ .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّتِ الْمَرْأَةُ بَوْلَدٍ ، وَلَمْ تَكُنْ ذَاتَ زَوْجٍ^(٣٧) وَلَا نَسَبٍ^(٣٧) ، قُبِلَ إِقْرَارُهَا . وَإِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ ، فَهَلْ يُقْبَلُ إِقْرَارُهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَمْلًا لِنَسَبِ الْوَلَدِ عَلَى زَوْجِهَا ، وَلَمْ يُقَرَّ بِهِ ، أَوْ الْحَاقًّا لِلْعَارِ بِهِ بِوَلَادَةِ امْرَأَتِهِ مِنْ غَيْرِهِ . وَالثَّانِيَّةُ ؛ يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُمَا شَخْصٌ أَقَرَّ بِوَلَدٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، فَقُبِلَ كَالرَّجُلِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، فِي امْرَأَةٍ ادَّعَتْ وَلَدًا ؛ فَإِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ أَوْ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَثْبُتَ أَنَّهُ ابْنُهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا دَافِعٌ فَمَنْ^(٣٨) يَحُولُ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ ، وَهَذَا لِأَنَّهُمَا مَتَى كَانَتْ ذَاتَ أَهْلٍ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا تَخْفَى عَلَيْهِمْ وَلَا ذَنْبُهَا ، فَمَتَى ادَّعَتْ وَلَدًا لَا يَعْرِفُونَهُ ، فَالظَّاهِرُ كَذِبُهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُقْبَلَ دَعْوَاهَا^(٣٩) مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ لَهُ ، فَأَشْبَهَتِ الرَّجُلَ .

(٣٦) فِي م : « لَمْ » .

(٣٧) (٣٧-٣٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « بَيْنَ » .

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « دَعْوَاهَا » .

فصل : ولو قَدِمَتِ امْرَأَةٌ مِنْ بَلَدِ الرُّومِ ، ومَعَهَا^(٤٠) طِفْلٌ ، فَأَقْرَبَهُ رَجُلٌ ، لَحِقَهُ ؛ لِوُجُودِ الإِمْكَانِ ، وَعَدَمِ الْمُنَازَعِ ، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ دَخَلَ أَرْضَهُمْ ، أَوْ دَخَلَتْ هِيَ دَارَ الْإِسْلَامِ وَوَطَنَهَا^(٤١) ، وَالنَّسَبُ يُحْتَاطُ لِإثْبَاتِهِ ، وَلِهَذَا لَوْ وَلَدَتْ امْرَأَةٌ رَجُلًا وَهُوَ غَائِبٌ عَنْهَا ، بَعْدَ عِشْرِينَ سَنَةً مِنْ غَيْبَتِهِ ، لَحِقَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ لَهُ قُدُومَ إِلَيْهَا ، وَلَا عَرِفَ لَهَا خُرُوجَ مِنْ بَلَدِهَا .

فصل : وَإِنْ أَقْرَبَ بِنَسَبٍ صَغِيرٌ ، لَمْ يَكُنْ مُقَرَّرًا بِزَوْجِيَّةِ أُمِّهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا كَانَتْ مَشْهُورَةً بِالْحُرِّيَّةِ ، كَانَ مُقَرَّرًا بِزَوْجِيَّتِهَا ؛ لِأَنَّ أَنْسَابَ الْمُسْلِمِينَ وَأَحْوَالَهُمْ يَجِبُ حَمْلُهَا عَلَى الصَّحَّةِ ، وَذَلِكَ أَنْ تَكُونَ وَلَدَتْهُ مِنْهُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ . وَلَنَا ، أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ لَيْسَتْ مُقْتَضَى لَفْظِهِ وَلَا مَضْمُونِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ مُقَرَّرًا بِهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ مَعْرُوفَةً بِالْحُرِّيَّةِ . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ النَّسَبَ مَحْمُولٌ عَلَى الصَّحَّةِ ، وَقَدْ يُلْحَقُ بِالوُطْءِ فِي النَّكَاحِ الْفَاسِدِ وَالشُّبْهَةِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ بِحُكْمِ إِقْرَارِهِ ، مَا لَمْ يَتَضَمَّنْهُ لَفْظُهُ^(٤٢) ، وَلَمْ يُوجِبْهُ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لَهُ أُمَةٌ لَهَا ثَلَاثَةُ أَوْلَادٍ ، لَا زَوْجَ لَهَا ، وَلَا أَقْرَبَ وَطْئِهَا ، فَقَالَ : أَحَدُ هَؤُلَاءِ وَلَدِي . فَأَقْرَارُهُ صَحِيحٌ ، وَيُطَالَبُ بِالْبَيَانِ ، فَإِنْ عَيَّنَ أَحَدَهُمْ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَحُرِّيَّتُهُ ، ثُمَّ يُسْأَلُ عَنْ كَيْفِيَّةِ الْاسْتِيلَادِ ، فَإِنْ قَالَ : كَانَ^(٤٣) بِنِكَاحٍ . فَعَلَى الْوَلَدِ^(٤٤) الْوَلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَسَّهُ رِقٌّ ، وَالْأُمُّ وَلَدَهَا الْآخَرَانِ رَقِيقٌ قِنْ . وَإِنْ قَالَ : اسْتَوْلَدْتُهَا فِي مِلْكِي . فَالْمَقَرُّ بِهِ حُرٌّ الْأَصْلُ ، لَا وَلَاءَ عَلَيْهِ ، وَالْأُمَةُ أُمٌّ وَلَدِي . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمَقَرُّ بِهِ / ٢٠٠/٤
الْأَكْبَرَ ، فَأَخَوَاهُ أَبْنَاءُ أُمِّ وَلَدِي ، حُكْمُهُمَا حُكْمُهَا فِي الْعِتْقِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا . وَإِنْ كَانَ

(٤٠) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(٤١) في ا ، ب : « فوطئها » ..

(٤٢) في الأصل : « إقراره » .

(٤٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٤) في م : « الولد » .

الْأَوْسَطَ ، فَالْأَكْبَرُ قَبْلَ ، وَالْأَصْغَرُ لَهُ حُكْمُ أُمِّهِ ، وَإِنْ عَيَّنَ الْأَصْغَرَ ، فَأَخَوَاهُ رَقِيقٌ قَبْلَ ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ بِكَوْنِهَا أُمٌّ وَلَدٌ ، وَإِنْ قَالَ : هُوَ مِنْ وَطْءِ شَبْهَةٍ . فَالْوَلَدُ حُرٌّ الْأَصْلِ ، وَأَخَوَاهُ مَمْلُوكَانِ ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُبَيَّنَ ، أُحْذَرُ رَيْبُهُ بِالْبَيَانِ ، وَيَقُومُ بَيَانُهُمْ مَقَامَ بَيَانِهِ ، فَإِنْ بَيَّنَّا النَّسَبَ وَلَمْ يُبَيَّنُوا الْأَسْتِيلَادَ ، ثَبَتَ النَّسَبُ وَحُرِّيَّةُ الْوَلَدِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لِلْأُمِّ وَلَا لِلْوَلَدِ حُكْمُ الْأَسْتِيلَادِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ وَطْءِ شَبْهَةٍ ، وَإِنْ لَمْ يُبَيَّنُوا النَّسَبَ ، وَقَالُوا : لَا نَعْرِفُ ذَلِكَ ، وَلَا الْأَسْتِيلَادَ ، فَإِنَّا تُرِيهِ الْقَافَةُ^(٤٥) ، فَإِنَّ الْحَقُّوْا بِهِ وَاحِدًا مِنْهُمْ الْحَقْنَاهُ ، وَلَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْأَسْتِيلَادِ لِغَيْرِهِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَافَةُ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَمِنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ عَنَقٌ وَوَرِثٌ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُورَثُهُ بِالْقُرْعَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حُرٌّ اسْتَنْدَتْ حُرِّيَّتَهُ إِلَى إِقْرَارِ أَبِيهِ بِهِ^(٤٦) ، فَوَرِثَ ، كَمَا لَوْ عَيَّنَتْهُ فِي إِقْرَارِهِ .

فصل : وإذا كان له أمتان ، لكل واحدة منهما وَلَدٌ ، فقال : أَحَدُ هَذَيْنِ وَلَدِي مِنْ أُمِّي . نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا زَوْجٌ يُمَكِّنُ الْإِحَاقَ الْوَلَدَ بِهِ ، لَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ ، وَالْحَقُّ^(٤٧) الْوَلَدَانِ بِالزَّوْجَيْنِ . وَإِنْ كَانَ لِأَحَدَاهُمَا زَوْجٌ دُونَ الْآخَرِ ، انْصَرَفَ الْإِقْرَارُ إِلَى وَلَدِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي يُمَكِّنُ الْإِحَاقَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا زَوْجٌ ، وَلَكِنْ أَقَرَّ السَّيِّدُ بَوَاطِنَهُمَا ، صَارَتَا فِرَاشًا ، وَلِحَقٍّ وَلَدَاهُمَا بِهِ ، إِذَا أُمَكَّنَ أَنْ يُوَلَّدَا^(٤٨) بَعْدَ وَطْئِهِ ، وَإِنْ أُمَكَّنَ فِي إِحْدَاهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، انْصَرَفَ الْإِقْرَارُ إِلَى مَنْ أُمَكَّنَ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُهُ حُكْمًا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَقَرَّ بَوَاطِنَ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، صَحَّ إِقْرَارُهُ وَثَبَتَ^(٤٩) حُرِّيَّةُ الْمُقَرَّرِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِنَسَبِ صَغِيرٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ مَعَ الْإِمْكَانِ لَا مُنَازِعَ لَهُ فِيهِ ، فَلَحِقَهُ نَسَبُهُ ، ثُمَّ يُكَلِّفُ الْبَيَانَ ، كَمَا لَوْ طَلَّقَ إِحْدَى نِسَائِهِ ، فَإِذَا بَيَّنَّ قَبْلَ بَيَانِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَرْجِعَ فِي ذَلِكَ إِلَيْهِ ، ثُمَّ يُطَالَبُ بِبَيَانِ كَيْفِيَّةِ الْوِلَادَةِ ، فَإِنْ قَالَ : اسْتَوْلَدْتُهَا فِي مِلْكِي .

(٤٥) القائف : من يتبع الأثر ، ويلحق الولد بوالده .

(٤٦) سقط من : أ ، ب ، م .

(٤٧) في أ ، ب ، م : « ولحق » .

(٤٨) في م : « يولد » .

(٤٩) في أ ، ب ، م : « وثبت » .

فَالْوَلَدُ حُرُّ الْأَصْلِ ، لَا وَلَاً عَلَيْهِ ، وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ . وَإِنْ قَالَ : فِي نِكَاحٍ . فَعَلَى الْوَلَدِ الْوَلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ مَسَّهُ رِقٌّ ، وَالْأُمُّ قِنْ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِمَمْلُوكٍ . وَإِنْ قَالَ : بِوَطْءِ شَبْهَةٍ . فَالْوَلَدُ حُرُّ الْأَصْلِ ، وَالْأُمُّ قِنْ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ ^(٥٠) فِي غَيْرِ مِلْكٍ . وَإِنْ ادَّعَتْ الْأُخْرَى أَنَّهَا الَّتِي اسْتَوْلَدَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِسْتِيلَادِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ادَّعَتْ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ إِقْرَارِهِ بِشَيْءٍ ، فَإِذَا حَلَفَ رَقَّتْ وَرَقَّ وَلَدُهَا ، وَإِذَا مَاتَ وَرِثُهُ وَلَدَهُ الْمُقَرَّبُ بِهِ . وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ قَدْ صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ عَتَقَتْ أَيْضًا ، وَإِنْ لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدٍ عَتَقَتْ عَلَى وَلَدِهَا إِنْ كَانَ هُوَ الْوَارِثُ وَحْدَهُ ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ غَيْرُهُ عَتَقَ مِنْهَا بِقَدْرِ مَا مَلَكَ . فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُبَيَّنَ ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِي الْبَيَانِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي إِلْحَاقِ النَّسَبِ وَغَيْرِهِ ، فَإِذَا بَيَّنَّ كَانَ كَالْوَبِيِّنَ الْمَوْرُوثُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْوَارِثُ كَيْفِيَّةَ الْإِسْتِيلَادِ ، فَفِي الْأُمَّةِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ رَقِيقًا ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ الْأَصْلُ ، فَلَا يَزُولُ / بِالْإِحْتِمَالِ . وَالثَّانِي يُعْتَقُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِوَلَدِهَا وَهِيَ فِي مِلْكِهِ . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ ، أَوْ كَانَ وَارِثٌ فَلَمْ يُعَيَّنْ ، غُرِضَ ^(٥١) عَلَى الْقَافَةِ ^(٥٢) ، فَإِنْ الْحَقْتُ بِهِ أَحَدَهُمَا ، ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَكَانَ حُكْمُهُ كَمَا لَوْ عَيَّنَّ الْوَارِثُ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَافَةً ، أَوْ كَانَتْ فَلَمْ تَعْرِفْ ، أَقْرَعَ بَيْنَ الْوَلَدَيْنِ ، فَيُعْتَقُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّ لِلْقُرْعَةِ مَذْخَلَ فِي إِبْطَاتِ الْحُرِّيَّةِ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ ثُبُوتُ نَسَبِهِ وَمِيرَاثِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَا مِيرَاثٌ . وَاخْتَلَفُوا فِي الْمِيرَاثِ ، فَقَالَ الْمُزْنِيُّ : يُوقَفُ نَصِيبُ ابْنِ ^(٥٣) ؛ لِأَنَّنَا تَيَقَّنَّا ابْنًا وَارِثًا . وَلَهُمْ وَجْهٌ آخَرٌ : لَا يُوقَفُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرْجَى انْكِشَافُهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نَصْفُهُ ، وَيُسْتَسْعَى فِي بَاقِيهِ ، وَلَا يَرِثَانِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى مِثْلَ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ الْمِيرَاثَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَيُدْفَعَانِهِ فِي سِعَايَتِهِمَا . وَالْكَلَامُ عَلَى قِسْمَةِ الْحُرِّيَّةِ وَالسَّعَايَةِ يَأْتِي فِي ^(٥٤) الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

(٥٠) سقط من : الأصل .

(٥١-٥٢) في م : « للقافة » .

(٥٢) في الأصل : « ابنه » .

(٥٣) في الأصل زيادة : « باب » .

٨٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَرَّ بَدِينٍ عَلَى أَبِيهِ ، لَزِمَهُ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَارِثَ إِذَا أَقَرَّ بَدِينٍ عَلَى مَوْرُوثِهِ ، قَبْلَ إِقْرَارِهِ . بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَيَتَعَلَّقُ ذَلِكَ بِتَرْكِه المَيِّتِ ، كَمَا لو أَقَرَّ بِهِ المَيِّتُ قَبْلَ مَوْتِهِ ، فَإِنْ لم يَخْلُفْ تَرْكَهُ ، لم يُلْزَمِ الْوَارِثُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ أَداءُ دَيْنِهِ إِذَا كَانَ حَيًّا مُفْلِسًا ، فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ مَيِّتًا . وَإِنْ خَلَفَ تَرْكَهُ ، تَعَلَّقَ الدَّيْنُ بِهَا ، فَإِنْ أَحَبَّ الْوَارِثُ تَسْلِيمَهَا فِي الدَّيْنِ ، لم يُلْزَمُهُ إِلَّا ذَلِكَ ، وَإِنْ أَحَبَّ اسْتِخْلَاصَهَا وَإِيفَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ ، فَلهُ ذَلِكَ ، وَيُلْزَمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتَيْهَا أَوْ قَدَرِ الدَّيْنِ بِمَنْزِلَةِ الْجَانِي . وَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا ، فَحُكْمُهُ مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَا اثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، وَثَبَتَ الدَّيْنُ بِإِقْرَارِ المَيِّتِ ، أَوْ بَيِّنَةٍ ، أَوْ إِقْرَارِ جَمِيعِ الْوَرَثَةِ ، فَكَذَلِكَ . وَإِذَا اخْتَارَ الْوَرَثَةُ أَخَذَ التَّرِكَةَ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، فعلى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ . وَإِنْ أَقَرَّ أَحَدُهُمْ ، لَزِمَهُ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ ، وَالْخِيَرَةُ إِلَيْهِ فِي تَسْلِيمِ نَصِيبِهِ فِي الدَّيْنِ أَوْ اسْتِخْلَاصِهِ . وَإِذَا قَدَّرَهُ مِنَ الدَّيْنِ ، فَإِنْ كَانَا اثْنَيْنِ ، لَزِمَهُ التَّصْفُفُ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً ، فعليه التُّلُّثُ . وَهَذَا قَالَ النَّحْجِيُّ ، وَالْحَسَنُ ، وَالْحَكَمُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُلْزَمُهُ جَمِيعُ الدَّيْنِ ، أَوْ جَمِيعُ مِيرَاثِهِ . وَهَذَا آخِرُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْدَ قَوْلِهِ كَقَوْلِنَا ؛ لِأَنَّ الدَّيْنِ يَتَعَلَّقُ بِتَرْكِتِهِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ الْوَارِثُ مِنْهَا إِلَّا مَا فَضَّلَ مِنَ الدَّيْنِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ﴾ ^(١) . وَلِأَنَّهُ يَقُولُ : مَا أَخَذَهُ الْمُتَكِرُّ أَخَذَهُ ^(٢) بغيرِ اسْتِحْقَاقٍ . فَكَانَ غَاصِبًا ، فَتَعَلَّقَ الدَّيْنُ بِمَا بَقِيَ مِنَ التَّرِكَةِ ، كَمَا لو غَصَبَهُ أَجْنَبِيٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ المِيرَاثِ ، فَلَا يُلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الدَّيْنِ ، كَمَا لو أَقَرَّ أَخُوهُ ، وَلِأَنَّهُ إِقْرَارٌ يَتَعَلَّقُ بِحَصَّتِهِ وَحَصَّةِ أَخِيهِ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ / إِلَّا مَا يَخُصُّهُ ،

(١) سورة النساء ١٢ .

(٢) سقط من : الأصل .

كالإقرار بالوصية ، وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ، ولأنه حق لو ثبت بينة ، أو قول الميت ، أو إقرار الوارثين ، لم يلزمه إلا نصفه ، فلم يلزمه بإقراره أكثر من نصفه ، كالوصية ، ولأن شهادته بالدين مع غيره تُقبل ، ولو لزمه أكثر من حصته ^(٣) لم تُقبل شهادته ^(٤) ؛ لأنه يجزئها إلى نفسه نفعا .

فصل : إذا ادعى رجلان دارا بينهما ، ملكاها بسبب يوجب الاشتراك ^(٥) ، مثل أن يقولوا : ورثناها أو ابتعناها معا . فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما ، فذلك لهما جميعا ؛ لأنهما اعترفا أن الدار لهما مشاعة ، فإذا غصب غاصب نصفها ، كان منهما ، والباقي بينهما ، وإن لم يكونا ادعيا شيئا يقتضي الاشتراك ، بل ادعى كل واحد منهما نصفها ، فأقر لأحدهما بما ادعاه ، لم يُشاركه الآخر ، وكان على خصوصيته ؛ لأنهما لم يعترفا بالاشتراك ، فإن أقر لأحدهما بالكل ، وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف ، سلمه إليه ، وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك ، وجب تسليم النصف إليه ؛ لأن الذي هو في يده قد اعترف له بها ، فصار بمنزلة ، فيثبت لمن يقر له ، وإن لم يكن اعترف للآخر ، وادعى جميعها ، أو ادعى أكثر من النصف ، فهو له . فإن قيل : فكيف يملك جميعها ولم يدع إلا نصفها ؟ قلنا : ليس من شرط صحة الإقرار تقدم الدعوى ، بل متى أقر الإنسان بشيء فصدقته المقر له ، ثبت ، وقد وجد التصديق ههنا في ^(٥) النصف الذي لم يسبق دعواه ، ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى ألف ؛ لأن له حجة به ، أو لأن النصف الآخر قد اعترف له به ، فادعى النصف الذي لم يعترف به . فإن لم يصدق في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ، ولم يعترف به للآخر ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها : يطل الإقرار به ؛ لأنه أقرب لمن لا ^(٦) يدعيه . الثاني ، ينزعه الحاكم ^(٧) من يده ^(٨)

(٣-٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : الشركة .

(٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٧-٧) سقط من : ا ، ب .

حتى يثبت للمدعيه ، ويؤجره ، ويحفظ أجرته لمالكه . والثالث ، يدفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ما ذكرنا .

٨٥٨ - مسألة ؛ قال : (وَكُلُّ مَنْ قُلْتُ : الْقَوْلُ قَوْلُهُ . فَلِحَصْنِهِ عَلَيْهِ الْيَمِينُ)

يعني في هذا الباب وفيما أشبهه ، مثل أن يقول : عندي ألف . ثم قال : ودية . أو قال : علي . ثم قال : ودية . أو قال : له عندي رهن . فقال المالك : ودية . ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى ، وإذا اختلفا في قيمة الرهن أو قدره ، أو قدر الدين الذي الرهن به ، وأشبهه هذا ، فكل من قلنا^(١) : القول قوله . فعليه لحصنه اليمين ، لقول النبي ﷺ : « لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعَايِهِمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . رواه مسلم^(٢) . ولأن اليمين يشرع في حق من ظهر صدقه ، وقوى جانبه ، تقوية لقوله واستظهارا ، والذي جعل القول قوله كذلك ، فيجب أن تشرع اليمين في حقه .

٢٠١/٤ ظ / فصل : إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة ، أو رهن وأقبض ، أو أقر^(٣) أنه قبض ثمن^(٤) المبيع ، أو أجر المستأجر ، ثم أنكر ذلك ، وسأل إخلاف حصنه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يستحلف . وهو قول أبي حنيفة ، ومحمد ؛ لأن دعواه تكذيب لإقراره ، فلا تسمع ، كما لو أقر المضارب أنه ربح ألفا ، ثم قال : غلطت . ولأن الإقرار أقوى من البينة ، ولو شهدت البينة^(٥) فقال : أخلفوه لي مع بينته . لم يستحلف ، كذا ههنا . والثانية ، يستحلف . وهو قول الشافعي ، وأبي يوسف ؛ لأن العادة جارية بالإقرار قبل القبض ، فيحتمل صحة ما قاله ، فينبغي أن يستحلف حصنه لنفي الاختمال .

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) تقدم ترجمته في : ٦ / ٥٢٥ .

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) سقط من : م .

(٥) سقط من : ا .

وَيُفَارِقُ الْإِقْرَارُ الْبَيِّنَةَ لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِالْإِقْرَارِ ^(٦) بِالْقَبْضِ قَبْلَهُ ^(٧) ، وَلَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الْقَبْضِ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّهَا تَكُونُ شَهَادَةً زُورٍ . وَالثَّانِي ، أَنَّ إِنْكَارَهُ مَعَ الشَّهَادَةِ طَعْنٌ فِي الْبَيِّنَةِ ، وَتَكْذِيبٌ لَهَا ، وَفِي الْإِقْرَارِ بِخِلَافِهِ . وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » غَيْرَ هَذَا الْوَجْهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ اقْتَرَضَ مِنْهُ الْفَأَوْقَبَضَهَا ، أَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى الْآلِفِ . ثُمَّ قَالَ : مَا كُنْتُ قَبَضْتُهَا ، وَإِنَّمَا أَقَرَرْتُ لِأَقْبِضَهَا . فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ . وَلَأنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ قَدْ أَقَرَّ بِقَبْضِ ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى قَوْلِ وَكِيلِهِ وَظَنِّهِ ، وَالشَّهَادَةُ لَا تَجُوزُ إِلَّا عَلَى الْيَقِينِ . فَأَمَّا إِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ وَهَبَهُ طَعَامًا ، ثُمَّ قَالَ : مَا أَقْبَضْتُكَ . وَقَالَ الْمُتَّهَبُ : بَلِ أَقْبَضْتَنِيهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَاحِدِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبْضِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ ، فَقَالَ : أَقْبَضْتَنِيهَا . فَقَالَ : بَلِ أَخَذْتُهَا مِنِّي بِغَيْرِ إِذْنِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَاحِدِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِذْنِ . وَإِنْ كَانَتْ حِينَ الْهَبَةِ فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ ، لَمْ يُعْتَبَرْ إِذْنُ الْوَاحِدِ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ مُضِيُّ مُدَّةٍ يَتَأَثَّى الْقَبْضُ فِيهَا . وَعَلَى مَنْ قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُهُ . مِنْهُمَا ^(٨) الْيَمِينُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٨٥٩ - مسألة ؛ قال : (وَالْإِقْرَارُ بِدَيْنٍ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، كَالْإِقْرَارِ فِي الصَّحَّةِ ، إِذَا كَانَ لَغَيْرِ وَاِرِثٍ)

هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ إِقْرَارَ الْمَرِيضِ فِي مَرَضِهِ لَغَيْرِ الْوَارِثِ جَائِزٌ . وَحَكَى أَصْحَابُنَا رِوَايَةً أُخْرَى ؛ أَنَّهُ ^(١) لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، أَشْبَهَ الْإِقْرَارَ لَوَارِثٍ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ ^(٢) لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِزِيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ ؛

(٦) سقط من : ب .

(٧) سقط من : م .

(٨) (١-٢) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي ، كما هو ممنوع من عطية الوارث ، فلا^(٢) يصح إقراره بما لا يملك عطيته ، بخلاف الثلث فما دون . ولنا ، أنه إقرار غير متهم فيه ، فقبل ، كالإقرار في الصحة ، يحققه أن حالة المَرَضِ أَقْرَبُ إلى الاحتياط لنفسه ، وإبراء ذمته ، وتحرى الصدق ، فكان أولى بالقبول . وفارق الإقرار للوارث ؛ لأنه متهم فيه ، على ما سَنَدُكُره .

فصل : فإن أقر لأجنبي بدين في مرضه ، وعليه دين ثبت ببينة أو إقرار في صحته ، وفي المال سعة لهما ، فهما سواء ، وإن ضاق عن قضايهما ، فظاهر كلام الخِرَقِيِّ أنهما سواء . وهو اختيار التميمي . وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور . وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر^(٣) أهل المدينة ؛ لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ، / لم يختص أحدهما برهن ، فاستويا ، كما لو ثبتا ببينة . وقال أبو الخطاب : لا يحاص غرماء الصحة . قال^(٤) القاضي : هو قياس المذهب ؛ لنص أحمد في المفلس أنه إذا أقر وعليه دين ببينة ، يبدأ بالدين الذي بالبينة . وبهذا قال النحوي ، والثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته ، فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة ، كعريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه ، والدليل على تعلق الحق بماله ، منعه من التبرع ومن الإقرار للوارث ؛ ولأنه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هيأته وتبرعاته ، فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ، ومن ثبت دينه ببينة ، كالذي أقر له المفلس . وإن أقر لهما جميعا في المَرَضِ ، تساويا ، ولم يُقدِّم السابق منهما ؛ لأنهما استويا في الحال ، فأشبهها غريمي الصحة .

٨٦٠ - مسألة ؛ قال : (وإن أقر للوارث ، لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة)

وبهذا قال شريح ، وأبو هاشم ، وابن أذينة^(١) ، والنحوي ، ويحيى الأنصاري ، وأبو

(٢) في الأصل : « فلم » .

(٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤) في ب ، م : « وقال » .

(١) عروة بن أذينة ، وأذينة لقب ، واسمه يحيى بن مالك الليثي التابعي ، مدني ، فقيه ، محدث ، شاعر ، ثقة ، =

حَنِيفَةً وَأَصْحَابُهُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الْقَاسِمِ ، وَسَلِيمِ . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ،
وإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ مَنْ صَحَّ الْإِقْرَارُ لَهُ فِي الصَّحَّةِ ، صَحَّ فِي الْمَرَضِ ،
كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَصِحُّ إِذَا لَمْ يُتَّهَمَ ، وَيَبْطُلُ إِنْ
اتَّهَمَ ، كَمَنْ لَهُ بِنْتُ وَابْنٌ عَمٌّ ، فَأَقَرَّ لِابْنَتِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ ، وَإِنْ أَقَرَّ لِابْنِ عَمِّهِ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يُتَّهَمُ فِي أَنَّهُ يَزْوِي ابْنَتَهُ وَيُوصِلُ الْمَالَ إِلَى ابْنِ عَمِّهِ ، وَعِلَّةُ مَنْعِ الْإِقْرَارِ التُّهْمَةُ ، فَاخْتَصَّ
الْمَنْعُ بِمَوْضِعِهَا^(١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِصْطَالٌ لِمَالِهِ إِلَى وَارِثِهِ بِقَوْلِهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ
بغَيْرِ رِضَى بَقِيَّةِ وَرَثَتِهِ ، كَهَيْئَتِهِ ، وَلَأنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ لَهُ ،
كَالْصَّبِيِّ فِي حَقِّ جَمِيعِ^(٢) النَّاسِ . وَفَارَقَ الْأَجْنَبِيُّ ؛ فَإِنَّ هَبَّتْهُ لَهُ تَصِحُّ . وَمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ
لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ التُّهْمَةَ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارَهَا بِنَفْسِهَا ، فَوَجِبَ اعْتِبَارُهَا بِمَطْنَتِهَا وَهُوَ
الْإِرْثُ ، وَكَذَلِكَ اعْتَبِرَ فِي الْوَصِيَّةِ وَالتَّبَرُّعِ وَغَيْرِهِمَا .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ لِامْرَأَتِهِ بِمَهْرٍ مِثْلِهَا أَوْ ذُوْنَهُ ، صَحَّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . لَا نَعْلَمُ فِيهِ
مُخَالَفًا إِلَّا الشَّعْبِيَّ ، قَالَ : لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لِوَارِثٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِقْرَارٌ بِمَا
تَحَقَّقَ سَبَبُهُ ، وَعُلِمَ وَجُودُهُ ، وَلَمْ نَعْلَمْ الْبَرَاءَةَ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بَيِّنَةٌ ، فَأَقَرَّ
بِأَنَّهُ لَمْ يُوفِّهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ اشْتَرَى مِنْ وَارِثِهِ شَيْئًا ، فَأَقَرَّ لَهُ بِشَيْءٍ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ
لَهُ ، فِي أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ ثَمَنَهُ . وَإِنْ أَقَرَّ لِامْرَأَتِهِ بِدَيْنٍ سِوَى الصَّدَاقِ ، لَمْ يُقْبَلْ . وَإِنْ أَقَرَّ
لَهَا ، ثُمَّ أَبَاثَهَا ، ثُمَّ^(٤) تَزَوَّجَهَا ، وَمَاتَ فِي^(٥) مَرَضِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهَا . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ
الْحَسَنِ : يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَتْ إِلَى حَالٍ لَا يُتَّهَمُ فِيهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقَرَّ الْمَرِيضُ ثُمَّ بَرَأَ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ إِقْرَارٌ لِوَارِثٍ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يُبْنِهَا ، وَفَارَقَ مَا إِذَا صَحَّ مِنْ
مَرَضِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ مَرَضُ الْمَوْتِ .

= ثبت . انظر : سمط اللآلئ ١ / ١٣٦ ، والشعر والشعراء ٢ / ٥٧٩ ، ٥٨٠ وحاشيتهما .

(٢) في الأصل : « بوضعها » .

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٤) في م زيادة : « رجع » .

(٥) في الأصل : « من » .

فصل : وإن أقرَّ لِوَارِثٍ ، فصارَ غيرَ وارِثٍ كرجلٍ أقرَّ لأخيه ولا وَلَدَ له ، ثم وَلَدَ له ابنٌ ، لم يصحَّ إقرارُه له . وإن أقرَّ لغيرِ وارِثٍ ، ثم صارَ وارِثًا ، صحَّ إقرارُه له ^(٦) . نصَّ عليه أحمدٌ ، في رواية ابنِ منصورٍ : إذا أقرَّ لامْرَأَةٍ بدينٍ في المَرَضِ ، / ثم تزَوَّجَهَا ، جازَ إقرارُه ؛ لأنَّه غيرُ مُتَّهِمٍ . وحكى له قولُ سُفْيَانَ في رجلٍ له ابْنَانِ ، فأقرَّ لأحدهما بدينٍ في مَرَضِهِ ، ثم ماتَ الابنُ ، وتركَ ابْنًا ، والأبُّ حَيٌّ ، ثم ماتَ بعد ذلك ، جازَ إقرارُه . فقال أحمدٌ : لا يجوزُ . وهذا قال عثمانُ البَتيُّ . وذكرَ أبو الحُطَّابِ روايةً أُخْرَى في الصَّوْرَتَيْنِ مُخَالَفَةً لما قلنا . وهو قولُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ ، والشافِعِيِّ ؛ لأنَّه معْنَى يُعْتَبَرُ فيه عَدَمُ المِيرَاثِ ، فكان الاعتبارُ فيه بِحَالَةِ المَوْتِ ، كالوصِيَّةِ . ولنا ، أنَّه قولٌ يُعْتَبَرُ فيه التُّهْمَةُ ، فاعتُبرتْ حالُ وُجُودِهِ دونَ غيره ، كالشَّهَادَةِ ، ولأنَّه إذا أقرَّ لغيرِ وارِثٍ ، نَبَتَ الإقرارُ ، وصَحَّ ؛ لِوُجُودِهِ من أَهْلِهِ خَالِيًا عن تُّهْمَةٍ ، فَيُثْبِتُ الحَقَّ به ، ولم يوجَدْ مُسْقَطٌ له ، فلا يَسْقُطُ . وإذا أقرَّ لِوَارِثٍ ، وَقَعَ باطلاً ؛ لِإِقْتِرَانِ التُّهْمَةِ به ، فلا يصحُّ بعدَ ذلك ، ولأنَّه إقرارٌ لِوَارِثٍ ، فلم يصحَّ ، كما لو استمَرَّ ^(٧) الميراثُ . وإن أقرَّ لغيرِ وارِثٍ ، صحَّ ، واستمَرَّ ، كما لو استمَرَّ عَدَمُ الإرثِ . أمَّا الوَصِيَّةُ ، فإنَّها عَطِيَّةٌ بعدَ المَوْتِ ، فاعتُبرتْ فيها حالةُ المَوْتِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإن أقرَّ لِوَارِثٍ وأجْنَبِيٍّ ، بَطَلَ في حَقِّ الوارِثِ ، وصَحَّ في حَقِّ الأَجْنَبِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يصحَّ في حَقِّ الأَجْنَبِيِّ ، كما لو شَهِدَ بِشَهادَةٍ يَجُرُّ إلى نَفْسِهِ بَعْضُهَا ، بَطَلَتْ شَهادَتُهُ في الكُلِّ ، وكالو شَهِدَ لِابْنِهِ وأجْنَبِيٍّ . وقال أبو حنيفة : إن أقرَّ لهما بدينٍ من الشَّرِكَةِ ، فاعترفَ الأَجْنَبِيُّ بالشَّرِكَةِ ، صحَّ الإقرارُ لهما ، وإن جَحَدَها ، صحَّ له دُونَ الوارِثِ . ولنا ، أنَّه إقرارٌ لِوَارِثٍ وأجْنَبِيٍّ ، فيصحُّ لِأَجْنَبِيٍّ دونَ الوارِثِ ، كما لو أقرَّ بلفظَينِ ، أو كالو جَحَدَ الأَجْنَبِيِّ الشَّرِكَةَ . ويُفَارِقُ ^(٨) الإقرارُ الشَّهادَةَ ؛ لِقُوَّةِ الإقرارِ ،

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م : « يستمر » .

(٨) في ب : « وفارق » .

ولذلك لا تُعْتَبَرُ فِيهِ الْعَدَالَةُ . وَلَوْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ لَهُ فِيهِ نَفْعٌ ، كَالْإِقْرَارِ بِنَسَبِ مُوسَى ، قُبِلَ .
 وَلَوْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ يَتَضَمَّنُ دَعْوَى عَلَى غَيْرِهِ ، قُبِلَ فِيمَا عَلَيْهِ دُونُ مَالِهِ . كَمَا لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ :
 خَلَعْتُكَ عَلَى الْإِلْفِ . بَانَتْ بِإِقْرَارِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نَفْيِ الْعَوَضِ . وَإِنْ قَالَ لِعَبِيدِهِ :
 اشْتَرَيْتَ نَفْسَكَ مِنِّي بِالْإِلْفِ . فَكَذَلِكَ .

فصل : وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ بِوَارِثٍ ، فِي إِحْدَى الرَّوَابِثَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لَا
 يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَوَارِثٍ ، فَأَشْبَهَ الْإِقْرَارَ لَهُ بِمَالٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَ الْإِقْرَارِ غَيْرُ
 وَارِثٍ ، فَصَحَّ^(٩) . كَمَا لَوْ لَمْ يَصِرْ وَارِثًا ، وَيُمْكِنُ بِنَاءُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى مَا إِذَا أَقَرَّ لَغَيْرِ
 وَارِثٍ ثُمَّ صَارَ وَارِثًا ، فَمَنْ صَحَّحَ الْإِقْرَارَ ثُمَّ صَحَّحَهُ هَهُنَا ، وَمَنْ أَبْطَلَهُ ، أَبْطَلَهُ . وَإِنْ
 مَلَكَ ابْنَ عَمِّهِ ، فَأَقَرَّ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ ، وَهُوَ أَقْرَبُ عَصَبَتِهِ ، عَتَقَ ، وَلَمْ
 يَرِثْهُ ؛ لِأَنَّهُ تَوْرِيثُهُ يُوجِبُ إِبْطَالَ الْإِقْرَارِ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَإِذَا بَطَلَتِ الْحُرِّيَّةُ سَقَطَ الْإِثْرُ ،
 فَصَارَ تَوْرِيثُهُ سَبَبًا^(١٠) إِلَى اسْتِقَاطِ تَوْرِيثِهِ ، فَأَسْقَطْنَا^(١١) التَّوْرِيثَ وَحْدَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
 يَرِثَ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِقْرَارِ غَيْرُ وَارِثٍ ، فَصَحَّ إِقْرَارُهُ لَهُ^(١٢) ، كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلُهَا .

فصل : وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ مِنَ الْمَرِيضِ بِإِحْبَالِ الْأُمَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ ذَلِكَ ، فَمَلَكَ الْإِقْرَارَ
 بِهِ . وَكَذَلِكَ / كُلُّ مَا مَلَكَهُ مَلَكَ الْإِقْرَارَ بِهِ . فَإِذَا أَقَرَّ بِذَلِكَ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنْ بَيَّنَّ أَنَّهُ
 اسْتَوْلَدَهَا فِي مِلْكِهِ ، فَوَلَدَهُ حُرُّ الْأَصْلِ ، وَأُمُّهُ أُمٌّ وَلَدٍ ، تَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَإِنْ قَالَ :
 مِنْ نِكَاحِهِ ، أَوْ وَطْءِ شَبْهَةٍ . لَمْ تَصِرِ الْأُمَةُ أُمٌّ وَلَدٍ وَعَتَقَ الْوَلَدُ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ نِكَاحٍ فَعَلِيهِ
 الْوَلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ مَسَّهُ رِقٌّ ، وَإِنْ قَالَ : مِنْ وَطْءِ شَبْهَةٍ . لَمْ تَصِرِ الْأُمَةُ أُمٌّ وَلَدٍ . وَإِنْ لَمْ يَتَبَيَّنْ
 السَّبَبُ ، فَلَا أُمَةُ مَمْلُوكَةٌ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الرِّقُّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
 تَصِيرَ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ اسْتِيلَادُهَا فِي مِلْكِهِ ، مِنْ قَبْلِ أَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، وَالْوِلَادَةُ

(٩) فِي ب ، م : « وَيَصَحُّ » .

(١٠) فِي أ ، ب : « مَفْضِيًا » .

(١١) فِي ب : « فَأَسْقَطَ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : أ .

مَوْجُودَةٌ ، وَلَا وَلَاَ عَلَى الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ ، فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِدَلِيلٍ .

فصل : في اللفاظ التي يثبت بها الإقرار ، إذا قال : له عَلَى الْآلِف . أو قال له : لِي ^(١٣) عَلَيْكَ الْآلِف ؟ فقال : نعم ، أو أَجَلَ ، أو صَدَقْتَ ، أو لَعَمْرِي ، أو أَنَا مُقَرَّبُهُ ، أو بما ادَّعَيْتَ ، أو بِدَعْوَاكَ . كان مُقَرَّرًا في جَمِيعِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الَلَفَاطُ وَضِعَتْ لِلتَّصَدِيقِ ، قال الله تعالى : ﴿ فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ ﴾ ^(١٤) . وإن قال : أليس لي عِنْدَكَ الْآلِف ؟ قال : بَلَى . كان إقرارًا صَحِيحًا ؛ لِأَنَّ بَلَى جَوَابٌ لِلسُّؤَالِ بِحَرْفِ النَّفْيِ ، قال الله تعالى : ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى ﴾ ^(١٥) . وإن قال : لَكَ عَلَى ^(١٦) الْآلِف في عِلْمِي ، أو فيما أَعْلَمُ . كان مُقَرَّرًا به ، ^(١٧) لِأَنَّ مَا فِي عِلْمِهِ لَا يَحْتَمِلُ إِلَّا الْوُجُوبَ . وإن قال : أَقْضَيْتَنِي الْآلِفَ الَّذِي لِي عَلَيْكَ . قال : نعم . كان مُقَرَّرًا به ^(١٧) ؛ لِأَنَّهُ تَصَدِيقٌ لِمَا ادَّعَاهُ . وإن قال : اشْتَرَيْتَ عَبْدِي هَذَا . أو أُعْطَيْتَ عَبْدِي هَذَا . فقال : نعم . كان إقرارًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وإن قال : ^(١٨) لَكَ عَلَى ^(١٨) الْآلِفَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى . كان مُقَرَّرًا به . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وقال أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : ليس بإقرار ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ إِقْرَارُهُ عَلَى شَرْطٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْوَعْدِ عَلَى مَشِيئَةِ زَيْدٍ ، وَلِأَنَّ مَا عُلِّقَ عَلَى مَشِيئَةِ اللَّهِ تعالى لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَصَلَ إِقْرَارَهُ بِمَا يَرْفَعُهُ كُلَّهُ ، وَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِ الْإِقْرَارِ ، فَلَزِمَهُ مَا أَقَرَّ بِهِ ، وَبَطَلَ مَا وَصَلَهُ بِهِ ، كَالْوَقَالِ : له ^(١٩) عَلَى الْآلِفَ إِلَّا الْآلِفَا . وَلِأَنَّهُ عَقَّبَ الْإِقْرَارَ بِمَا لَا يُفِيدُ حُكْمًا آخَرَ ، وَلَا يَقْتَضِي رَفْعَ الْحُكْمِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : له عَلَى الْآلِفَ في مَشِيئَةِ اللَّهِ تعالى . وإن قال : له عَلَى الْآلِفَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ . صَحَّ الْإِقْرَارُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ ، ثُمَّ عُلِّقَ رَفْعُ

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) سورة الأعراف ٤٤ .

(١٥) سورة الأعراف ١٧٢ .

(١٦) في ١ : « عندى » .

(١٧-١٧) سقط من : ب . نقلة نظر .

(١٨-١٨) في الأصل : « لي عليك » خطأ .

الإقرار على أمرٍ لا يُعلمُ ، فلم يُرتفع . وإن قال : لك على ألف ، إن شئت ، أو إن شاء زيد . لم يصح الإقرار . وقال القاضي : يصح ؛ لأنه عَقَبَهُ بما يَرْفَعُهُ ، فصَحَّ الإقرارُ دونَ ما يَرْفَعُهُ ، كاستِثْناءِ الكلِّ ، وكما لو قال : إن شاء الله . ولنا ، أنه عَلَقَهُ على شرطٍ يُمكنُ علمُهُ ، فلم يصح ، كما لو قال : له على ألف ، إن شهد بها فلان . وذلك لأنَّ الإقرارَ إخبارٌ بِحَقِّ سابقٍ ، فلا يَتَعَلَّقُ على شرطٍ مُستَقْبَلٍ . ويُفَارِقُ التَّعْلِيْقَ على مَشِيئَةِ اللهِ تعالى ، فإنَّ مَشِيئَةَ اللهِ تعالى تُذَكِّرُ في الكلامِ تَبَرُّكاً وَصِلَةً وَتَقْوِيصاً إلى اللهِ تعالى ، لا لِلاِشْتِرَاطِ ، كَقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللهُ آمِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ ﴾ (١٩) . وقد عَلِمَ اللهُ أَنَّهُمْ سَيَدْخُلُونَ بِغَيْرِ شَكٍّ . ويقولُ (٢٠) النَّاسُ : صَلَّيْنَا إِنْ شَاءَ اللهُ تعالى . مع تَيَقُّنِهِمْ صَلَاتَهُمْ ، بِخِلَافِ مَشِيئَةِ الْآدَمِيِّ . الثاني ، أن مَشِيئَةَ اللهِ تعالى لا تُعْلَمُ إِلَّا بِوُقُوعِ الْأَمْرِ ، فلا يُمكنُ وَقْفُ الْأَمْرِ على وجودِها ، ومَشِيئَةُ الْآدَمِيِّ يُمكنُ الْعِلْمُ بها ، فَيُمْكِنُ جَعْلُهَا شَرْطاً . يَتَوَقَّفُ الْأَمْرُ على وجودِها ، / والماضِي لا يُمكنُ وَقْفُهُ ، فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ الْأَمْرِ هَهُنَا على المُسْتَقْبَلِ ، فيكونُ وَعْداً لا إقراراً . وإن قال : بِعُتْكَ إِنْ شَاءَ اللهُ تعالى ، أَوْ رَوَّجْتُكَ إِنْ شَاءَ اللهُ تعالى . فقال أبو إسحاق بن شاقلا : لا أَعْلَمُ خِلَافاً عَنْهُ فِي أَنَّهُ إِذَا قِيلَ لَهُ : قَبِلْتَ هَذَا النِّكَاحَ ؟ فقال : نعم إِنْ شَاءَ اللهُ تعالى . أن النِّكَاحَ وَقَعَ بِهِ . قال أبو حنيفة : ولو قال : بِعُتْكَ بِالْألفِ إِنْ شِئْتُ . فقال : قد شِئْتُ وَقَبِلْتُ . صَحَّ ؛ لأنَّ هَذَا الشَّرْطَ مِنْ مُوجِبِ الْعَقْدِ وَمُقْتَضَاهُ ، فَإِنَّ الْإِجَابَ إِذَا وَجَدَ مِنَ الْبَائِعِ كَانَ الْقَبُولُ إِلَى مَشِيئَةِ الْمُشْتَرِي وَاجْتِيَاؤِهِ . وإن قال : له عَلَى أَلْفَانِ (٢١) إِنْ قَدِمَ فَلَانٌ . لم يَلْزَمُهُ ؛ لأنه لم يُقَرَّرْ بها في الْحَالِ ، وما لا يَلْزَمُهُ في الْحَالِ ، لا يَصِيرُ وَاجِباً عِنْدَ

(١٩) سورة الفتح ٢٧ .

(٢٠) في ب : « وقول » .

(٢١) في الأصل : « ألف » . وسقط من : أ .

وُجُودِ الشَّرْطِ . وإن قال : إن شَهِدَ فُلَانٌ عَلَيَّ لَكَ بِأَلْفٍ صَدَّقْتَهُ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لَأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصَدَّقَ الْكَاذِبُ . وإن قال : إن شَهِدَ بِهَا فُلَانٌ فَهُوَ صَادِقٌ . احْتَمَلُ أَنْ لَا يَكُونَ إِقْرَارًا ؛ لَأَنَّهُ عَلَّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، فَأَشْبَهَتِ الَّتِي قَبْلَهَا . واحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ إِقْرَارًا فِي الْحَالِ ؛ لَأَنَّهُ لَا^(٢٢) يَتَصَوَّرُ صِدْقَهُ إِذَا شَهِدَ بِهَا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ ثَابِتَةً فِي الْحَالِ ، وَقَدْ أَقَرَّ بِصِدْقِهِ . وإن قال : له عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ شَهِدَ بِهَا فُلَانٌ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لَأَنَّهُ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ .

فصل : وإن قال : لِي عَلَيَّكَ^(٢٣) أَلْفٌ . فقال : أَنَا أَقَرُّ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لَأَنَّهُ وَعَدَ بِالْإِقْرَارِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ . وإن قال : لَا أَنْكِرُ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ الْإِنْكَارِ الْإِقْرَارُ ، فَإِنَّ بَيْنَهُمَا قِسْمًا آخَرَ ، وَهُوَ السُّكُوتُ عَنْهُمَا . وإن قال : لَا أَنْكِرُ أَنْ تَكُونَ مُحِقًّا^(٢٤) . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لِذَلِكَ . وإن قال : أَنَا مُقَرٌّ . ولم يَزِدْ ، احْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُقَرًّا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَقِيبُ الدَّعْوَى ، فَيَنْصَرِفُ^(٢٥) إِلَيْهَا . وكذلك إِنْ قَالَ : أَقَرَرْتُ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ قَالَ أَقَرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقَرَرْنَا ﴾^(٢٦) . ولم يَقُولُوا : أَقَرَرْنَا بِذَلِكَ . وَلَا زَادُوا عَلَيْهِ ، فَكَانَ مِنْهُمْ إِقْرَارًا . واحْتَمَلُ أَنْ لَا يَكُونَ مُقَرًّا ؛ لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ غَيْرَ ذَلِكَ ، مِثْلَ أَنْ يُرِيدَ : أَنَا مُقَرٌّ بِالشَّهَادَةِ ، أَوْ يُبْطِلَانِ دَعْوَاكَ . وَإِنْ قَالَ : لَعَلَّ أَوْ عَسَى . لم يَكُنْ مُقَرًّا ؛ لِأَنَّهُمَا لِلتَّرَجُّيِ . وَإِنْ قَالَ : أَظُنُّ أَوْ أَحْسَبُ^(٢٧) أَوْ أَقْدَرُ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاضِلَ تُسْتَعْمَلُ لِلشَّكِّ . وَإِنْ قَالَ : أَخُذْ ، أَوْ اتَّزِنْ . لم يَكُنْ إِقْرَارًا^(٢٨) ؛ لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ : أَخُذِ الْجَوَابَ ، أَوْ اتَّزِنْ شَيْئًا آخَرَ . وَإِنْ قَالَ : أَخُذْهَا ،

(٢٢) سقط من : الأصل ، م .

(٢٣) سقط من : أ .

(٢٤) في الأصل : « حقا » .

(٢٥) في ب ، م : « فيصرف » .

(٢٦) سورة آل عمران ٨١ .

(٢٧) في الأصل ، ب ، م : « أحب » .

(٢٨) في م : « مقرا » .

أو أترنّها ، أو هي صِحَاح . ففيه وجهان ؛ أحدهما ليس بإقرار ؛ لأنّ الصّفة ترجع إلى المدعى ، ولم يُقرّ بوجوبه ، ولأنّه يجوز أن يُعطيه ما يدّعيه من غير أن يكون واجبا عليه ، فأمره بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب . والثاني ، يكون إقرارا ؛ لأنّ الضمير يعود إلى ما تقدّم . وإن قال : له على ألف إذا جاء رأس الشهر . أو إذا جاء رأس الشهر فله على ألف . فقال أصحابنا : الأول إقرار ، والثاني ليس بإقرار . وهذا منصوبُ الشافعي ؛ لأنّه في الأول بدأ بالإقرار^(٢٩) ، ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه ، لأنّ قوله : إذا جاء رأس الشهر . يحتمل أنّه أراد المحلّ ، فلا يبطل الإقرار بأمر محتمل ، وفي الثاني بدأ بالشرط^(٣٠) فعلق عليه لفظا^(٣١) يصلح للإقرار ويصلح للوعد ، فلا يكون إقرارا مع الاحتمال . ويحتمل أنّه لا فرق بينهما ؛ لأنّ تقديم الشرط وتأخير سوائه ، فيكون فيهما جميعا وجهان .

(٢٩) في م زيادة : « والثاني ليس بإقرار » .

(٣٠ - ٣١) في ب : « فعلق عليه لفظ » .

(١) كِتَابُ الْعَارِيَةِ

٢٠٤/٤ ٨٦١ - / مسألة ؛ قال : (وَالْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّ فِيهَا الْمُسْتَعِيرُ)

الْعَارِيَةُ : إِبَاحَةُ الْإِثْتِفَاعِ بِعَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ الْمَالِ . مُشْتَقَّةٌ ^(١) مِنْ عَارَ الشَّيْءُ : إِذَا ذَهَبَ وَجَاءَ . وَمِنْهُ قِيلَ لِلْبَطَّالِ : عَيَّارٌ ؛ لِتَرَدُّدِهِ فِي بَطَالَتِهِ ، وَالْعَرَبُ يَقُولُ : أَعَارَهُ ، وَعَارُهُ . مِثْلُ أَطَاعَهُ ، وَطَاعَهُ . وَالْأَصْلُ فِيهَا الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ ^(٢) . رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُمَا قَالَا : الْعَوَارِيُّ . وَفَسَّرَهَا ابْنُ مَسْعُودٍ ، فَقَالَ : الْقَدْرُ وَالْمِيزَانُ وَالذُّلُّ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ فِي خُطْبَةٍ عَامِ حَجَّةِ الْوَدَاعِ : « الْعَارِيَةُ مُوَدَّاةٌ ، وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، وَالزَّرْعِيمُ غَارِمٌ » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وَرَوَى صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ أُذْرُعًا يَوْمَ حُنَيْنٍ ، فَقَالَ : أَغْصَبَا يَا مُحَمَّدُ ؟ قَالَ : « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ الْعَارِيَةِ وَاسْتِحْبَابِهَا ، وَلَأنَّهُ لَمَّا جَازَتْ هِبَةُ الْأَعْيَانِ ، جَازَتْ هِبَةُ الْمَنَافِعِ ، وَلِذَلِكَ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِالْأَعْيَانِ وَالْمَنَافِعِ جَمِيعًا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعَارِيَةَ مَنْذُوبٌ إِلَيْهَا ، وَلَيْسَتْ وَاجِبَةً ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَقِيلَ : هِيَ وَاجِبَةٌ ؛ لِلآيَةِ ، وَلَمَّا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا مِنْ صَاحِبِ إِبِلٍ لَا يُودِي حَقَّهَا » . الْحَدِيثُ .

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) في ١ : « مشتق » .

(٣) سورة الماعون ٧ .

(٤) تقدم تخريجها في صفحة ٧١ .

(٥) في : باب في تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٥ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٤٠١ ، ٦ / ٤٦٥ .

(٦) في م : « عن » .

قيل : يا رسول الله : وما حَقُّهَا ؟ قال : « إِعَارَةُ ذَلُومِهَا ، وَإِطْرَاقُ فَحْلِهَا ، وَمِنْحَةُ لَيْبِهَا يَوْمَ وَرْدِهَا »^(٧) . فَذَمَّ اللَّهُ تَعَالَى مَانِعَ الْعَارِيَةِ ، وَتَوَعَّدَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِمَا ذَكَرَ فِي حَبْرِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا أُدِّيَتْ زَكَاةُ مَالِكَ ، فَقَدْ قَضَيْتَ مَا عَلَيْكَ » . رَوَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ^(٨) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ »^(٩) . وَفِي حَدِيثِ الْأَعْرَابِيِّ الَّذِي سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ : مَاذَا فَرَضَ اللَّهُ عَلَيَّ مِنَ الصَّدَقَةِ ؟ قَالَ : « الزَّكَاةُ » . فَقَالَ : هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهَا ؟ قَالَ : « لَا ، إِلَّا أَنْ تَطْوَعَ شَيْئًا »^(١٠) . أَوْ كَمَا قَالَ . وَالْآيَةُ فَسَّرَهَا ابْنُ عَمْرٍو وَالْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ بِالزَّكَاةِ ، وَكَذَلِكَ زَيْدُ بْنُ أَسْلَمَ . وَقَالَ عِكْرِمَةُ : إِذَا جَمَعَ ثَلَاثَتُهَا فَلَهُ الْوَيْلُ ، إِذَا سَهَا عَنْ الصَّلَاةِ ، وَرَأَى ، وَمَنَعَ الْمَاعُونَ . وَيَجِبُ رَدُّ الْعَارِيَةِ إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً . بَغَيْرِ خِلَافٍ . وَيَجِبُ ضَمَانُهَا إِذَا كَانَتْ ثَالِفَةً ، تَعْدَى فِيهَا الْمُسْتَعِيرُ أَوْ لَمْ يَتَعَدَّ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ^(١١) ابْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ عَطَاءٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ : هِيَ أَمَانَةٌ لَا يَجِبُ ضَمَانُهَا إِلَّا بِالتَّعْدَى ؛ لِمَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرُ الْمُغَلِّ^(١٢) ، ضَمَانٌ »^(١٣) . وَلِأَنَّهُ قَبَضَهَا بِإِذْنِ

(٧) أخرجه مسلم ، في : باب إثم مانع الزكاة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٦٨٤ ، ٦٨٥ . والنسائي ، في : باب مانع زكاة البقر ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ١٨ . والدارمي ، في : باب من لم يؤد زكاة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمي ١ / ٣٧٩ ، ٣٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٢١ . ولم يروه أحد من أصحاب هذه المصادر عن أبي هريرة بهذا اللفظ إنما رَوَاهُ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ . وانظر مصنف عبد الرزاق ٤ / ٢٦ - ٣٠ . والفتح الرباني ٨ / ١٩٨ ، ١٥ / ١٢٨ ، ١٢٩ . ولرواء الغليل ٥ / ٣٤٦ ، ٣٤٧ .

(٨) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء إذا أدبت الزكاة فقد قضيت ما عليك ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣ / ٩٧ . وابن ماجه ، في : باب ما أدى زكاته ليس بكنز ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ١ / ٥٧٠ .

(٩) تقدم تخريجه في : ٤ / ٧ .

(١٠) تقدم تخريجه في : ٢ / ٧ .

(١١) سقط من : ب ، م ، .

(١٢) المغل : الخائن .

(١٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال لا يغرم ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦ / ٩١ . وعبد الرزاق ، في : =

مَالِكِهَا، فَكَانَتْ أَمَانَةً، كَالْوَدِيعَةِ. قَالُوا: وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «الْعَارِيَةُ مُؤَدَّةٌ». يَدُلُّ ٢٠٤/٤ ط على أَنَّهَا أَمَانَةٌ، لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى / : ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ (١٤). وَلَنَا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ، فِي حَدِيثِ صَفْوَانَ: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ». وَرَوَى الْحَسَنُ، عَنْ سُمُرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ». رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ، وَالتِّرْمِذِيُّ (١٥). وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ. وَلأنَّهُ أَخَذَ مِنْكَ غَيْرِهِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ، مُنْفَرِدًا بِنَفْعِهِ مِنْ غَيْرِ (١٦) اسْتِحْقَاقٍ، وَلَا إِذْنٍ فِي الْإِثْلَافِ، فَكَانَ مَضْمُونًا كَالْغَضَبِ (١٧)، وَالْمَأْخُوذِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ. وَحَدِيثُهُمْ يَرَوِيهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْجَبَّارِ، عَنْ عُبَيْدِ بْنِ حَسَّانٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، وَعُمَرُ وَعُبَيْدٌ ضَعِيفَانِ. قَالَه الدَّارِقُطْنِيُّ. وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ ضَمَانَ الْمَنَافِعِ وَالْأَجْزَاءِ، وَقِيَاسُهُمْ مَنْقُوضٌ بِالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ.

فصل: وَإِنْ شَرَطَ نَقَى الضَّمَانِ، لَمْ يَسْقُطْ. وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَقَالَ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ: يَسْقُطْ. قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ: أَوْ مَا إِلَيْهِ أَحَدٌ. وَهُوَ قَوْلُ قَتَادَةَ وَالْعَنْبَرِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَذِنَ فِي إِثْلَافِهَا لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا، فَكَذَلِكَ إِذَا اسْقَطَ عَنْهُ ضَمَانُهَا. وَقِيلَ: بَلْ مَذْهَبُ قَتَادَةَ وَالْعَنْبَرِيِّ، أَنَّهَا لَا تُضْمَنُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ ضَمَانُهَا فَيَجِبُ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِصَفْوَانَ: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ». وَلَنَا، أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ اقْتَضَى الضَّمَانَ، لَمْ يُغَيِّرْهُ الشَّرْطُ، كَالْمَقْبُوضِ بِبَيْعٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ، وَمَا اقْتَضَى الْأَمَانَةَ، فَكَذَلِكَ، كَالْوَدِيعَةِ

= باب العارية، من كتاب البيوع. المصنف ٨ / ١٧٨. والدارقطني، في: كتاب البيوع. سنن الدارقطني ٤١ / ٣.

(١٤) سورة النساء ٥٨.

(١٥) أخرجه أبو داود، في: باب في تضمين العارية، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢ / ٢٦٥. والتِّرْمِذِيُّ، في: باب ما جاء في أن العارية مؤداة، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٩.

كما أخرجه ابن ماجه، في: باب العارية، من كتاب الصدقات. سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٢. والدارمي، في: باب في العارية مؤداة، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢ / ٢٦٤. والإمام أحمد، في: المسند ٨ / ١٢، (١٦) سقط من: ب.

(١٧) في ١، ب، م: «كالغاصب».

والشَّرَكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ ، والذي كان من النبي ﷺ إخبارُ بِصِفَةِ الْعَارِيَّةِ وَحُكْمِهَا . وفارَقَ ما إذا أُذِنَ في الإِثْلَافِ ، فإنَّ الإِثْلَافَ فَعْلٌ يَصِيحُ الإِذْنَ فِيهِ ، وَيَسْقُطُ حُكْمُهُ ، إِذْ لَا يَتَعَقَّدُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ مع الإِذَنِ فِيهِ ، وإِسْقَاطُ الضَّمَانِ هُنَا نَفَى لِلْحُكْمِ مع وجودِ سَبَبِهِ ، وليس ذلك لِلْمَالِكِ ، ولا يَمْلِكُ الإِذْنَ فِيهِ .

فصل . وإذا اتَّفَعَ بها ، ورَدَّها على صِفَتِهَا ، فلا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّ الْمَنَافِعَ مَأْذُونٌ فِي إِثْلَافِهَا ، فلا يَجِبُ عَوَضُهَا . وإن تَلَفَ شَيْءٌ من أَجْزَائِهَا التي لا تَذْهَبُ بِالاسْتِعْمَالِ ، فعليه ضَمَانُهَا ؛ لَأَنَّ ما ضَمِنَ جُمْلَتَهُ ضَمِنْتَ أَجْزَاؤَهُ ، كَالْمَعْصُوبِ . وأَمَّا أَجْزَاؤُهَا التي تَذْهَبُ بِالاسْتِعْمَالِ ، كَحَمَلِ^(١٨) الْمِنْشَقَةِ وَالْقَطِيفَةِ ، وَخُفِّ الثَّوبِ يَلْبَسُهُ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، يَجِبُ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهَا أَجْزَاءُ عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ ، فكانت مَضْمُونَةً ، كما لو كانت مَعْصُوبَةً ، ولأنَّهَا أَجْزَاءُ يَجِبُ ضَمَانُهَا لو تَلَفَتِ الْعَيْنُ قَبْلَ اسْتِعْمَالِهَا ، فَتَضْمَنُ إِذَا تَلَفَتْ وَحْدَهَا ، كَسَائِرِ الْأَجْزَاءِ . والثَّانِي ، لا يَضْمَنُهَا . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لَأَنَّ الإِذْنَ في الاسْتِعْمَالِ تَضْمَنُهُ ، فلا يَجِبُ ضَمَانُهُ ، كَالْمَنَافِعِ ، وكما لو أُذِنَ في إِثْلَافِهَا صَرِيحًا . وفارَقَ ما إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ قَبْلَ اسْتِعْمَالِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَمْيِيزُهَا من الْعَيْنِ ، وَلأنَّهُ إِنَّمَا أُذِنَ في إِثْلَافِهَا على وَجْهِ الْإِثْفَاعِ ، فَإِذَا تَلَفَتْ^(١٩) قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ تَلَفَتْ^(٢٠) على غَيْرِ الْوَجْهِ الذي أُذِنَ فِيهِ ، فَضَمِنَهَا ، كما لو أَجَرَ الْعَيْنَ الْمُسْتَعَارَةَ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَنَافِعَهَا . فإذا قُلْنَا : لا يَضْمَنُ الْأَجْزَاءَ . فَتَلَفَتِ الْعَيْنُ بَعْدَ ذَهَابِهَا بِالاسْتِعْمَالِ ، فَإِنَّهَا تُقَوِّمُ حَالَ التَّلَفِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْزَاءَ التَّالِفَةَ تَلَفَتْ غَيْرَ مَضْمُونَةٍ ، لَكُونِهَا مَأْذُونًا فِي إِثْلَافِهَا ، فلا يَجُوزُ تَقْوِيمُهَا عَلَيْهِ . وإن قُلْنَا : يَجِبُ ضَمَانُ الْأَجْزَاءِ . قَوِّمَتِ الْعَيْنُ قَبْلَ تَلَفِ أَجْزَائِهَا . / وإن تَلَفَتِ الْعَيْنُ قَبْلَ ذَهَابِ أَجْزَائِهَا . ضَمِنَهَا كُلَّهَا بِأَجْزَائِهَا . وكذلك لو تَلَفَتِ الْأَجْزَاءُ بِاسْتِعْمَالٍ غَيْرِ مَأْذُونٍ فِيهِ ، مثلُ أَنْ يُعِيرَهُ ثَوْبًا

(١٨) حمل المنشقة : هديها .

(١٩) في م زيادة : « العين » .

(٢٠) في الأصل ، ا ، م : « فانت » .

لَيْلَيْسَهُ ، فَحَمَلَ فِيهِ ثُرَابًا ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ نَقْصَهُ وَمَنَافِعَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بَعْدِيهِ . وَإِنْ تَلَفَ
 بغير تَعَدٍّ مِنْهُ ^(٢١) وَلَا اسْتِعْمَالَ ، كَتَلَفِهَا لِطُولِ الزَّمَانِ عَلَيْهَا ، وَوُقُوعِ نَارٍ عَلَيْهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ
 يَضْمَنَ مَا تَلَفَ مِنْهَا بِالنَّارِ وَنَحْوِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ لَمْ يَتَضَمَّنْهُ ^(٢٢) الاسْتِعْمَالَ الْمَادُونُ فِيهِ ،
 فَأَشْبَهَ تَلَفَهَا بِفِعْلٍ غَيْرِ مَادُونٍ فِيهِ . وَمَا تَلَفَ بِمُرُورِ الزَّمَانِ عَلَيْهِ ، يَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ مَا
 تَلَفَ بِالاسْتِعْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِالْإِمْسَاكِ الْمَادُونِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ تَلَفَهُ بِالْفِعْلِ الْمَادُونِ
 فِيهِ .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ الْعَارِيَةِ ، فَلَا يَجِبُ ضَمَانُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي
 الْإِعَارَةِ ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي الضَّمَانِ ، وَلَا فَائِدَةُ لِلْمُسْتَعِيرِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الْوَدِيعَةَ ، وَيَضْمَنُهُ فِي
 الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ ، فَيَضْمَنُ ، كَوَلَدِ الْمَغْصُوبَةِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فَإِنَّ
 وَلَدَ الْمَغْصُوبَةِ لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَغْصُوبًا . وَكَذَلِكَ وَلَدُ الْعَارِيَةِ إِذَا لَمْ يُوْجَدْ مَعَ أُمِّهِ .
 وَإِنَّمَا يَضْمَنُ وَلَدُ الْمَغْصُوبَةِ إِذَا كَانَ مَغْصُوبًا ، فَلَا أَثَرَ لِكُونِهِ وَلَدًا لَهَا .

فصل : وَيَجِبُ ضَمَانُ الْعَيْنِ بِمِثْلِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ
 مِثْلِيَّةً ، ضَمِنَهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ تَلَفِهَا ، إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَجِبُ فِيهِ ضَمَانُ الْأَجْزَاءِ التَّالِفَةِ
 بِالْإِتِّفَاعِ الْمَادُونِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهَا بِقِيمَتِهَا ^(٢٣) قَبْلَ تَلَفِ أَجْزَائِهَا ، إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا
 حَبِيبَةً أَكْثَرَ ، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ ، ضَمِنَهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ تَلَفِهَا ، عَلَى الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا .

فصل : وَإِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ بَاقِيَةً ، فَعَلَى الْمُسْتَعِيرِ رَدُّهَا إِلَى الْمُعِيرِ أَوْ وَكِيلِهِ فِي
 قَبْضِهَا ، وَيَبْرَأُ ذَلِكَ مِنْ ضَمَانِهَا . وَإِنْ رَدَّهَا إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي أَخَذَهَا مِنْهُ ، أَوْ إِلَى مُلْكِ
 صَاحِبِهَا ، لَمْ يَبْرَأْ مِنْ ضَمَانِهَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّهَا
 صَارَتْ كَالْمَقْبُوضَةِ ، فَإِنْ رَدَّ الْعَوَارِيَّ فِي الْعَادَةِ يَكُونُ إِلَى أَمْلَاكِ أَرْبَابِهَا ، فَيَكُونُ مَادُونًا

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « تَعْدِيهِ » .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « يَتَضَمَّنُ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

فيه من طريق العادة . ولنا ، أنه لم يردّها إلى مالِكها ، ولا نائيه فيها ، فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي . وما ذكره يَظُلُّ بالسارق إذا ردَّ المسروق إلى الحرز ، ولا تُعرف العادة التي ذكرها . وإن ردّها إلى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِجَرَيَانِ ذلك على يَدَيْهِ ، كزوجه المتصرف في ماله ، وردّ الدّاية إلى سائسها ، فقياسُ المذهب أنه يبرأ . قاله القاضي ؛ لأنَّ أحمدَ قال في الودِعة : إذا سلّمها المودعُ إلى امرأته ، لم يضمنها . ولأنّه ما ذُوِنَ في ذلك عُرْفاً ، أشبه ما لو أُذِنَ فيه نطقاً . ومؤنّة الردّ على المُستعير ؛ لقول النبي ﷺ : « العاريةُ مودّاةٌ » . وقوله : « على اليد ما أخذت حتى تُؤدّيه »^(٢٤) . وعليه ردّها إلى الموضع الذي أخذها منه ؛ إلّا أن يتّفقَ على ردّها إلى غيره ؛ لأنّ ما وجب ردّه ، لزم ردّه إلى موضعيه ، كالمعصوب .

٢٠٥/٤ فصل : ولا تصحّ العاريةُ إلّا من جائز التّصرّف ؛ لأنّه تَصَرّفٌ في المال ، فأشبهه التّصرّف بالبيع . وتُعقّد بكلّ فعلٍ أو لفظٍ يدلُّ عليها ، مثل قوله : أعزّتك هذا . أو يدفع إليه شيئاً ، ويقول : أبحتك الائتفاع به . أو أخذها فانتفع به . أو يقول : أعزّني هذا . أو أعطيته أركبهُ أو أحمل عليه . ويسلّمه إليه . وأشبهه هذا ؛ لأنّه إباحةٌ للتّصرّف ، فصَحَّ بالقول والفعل الدّالّ عليه ، كإباحة الطّعام بقوله وتقدّمه إلى الضيف .

فصل : وتجوزُ إعارةُ كلّ عَيْنٍ يُنتفعُ بها منفعةٌ مُباحةٌ مع بقائها على الدّوام ، كاللدور ، والعقار ، والعبيد ، والجواري ، والدّوابّ ، والثّياب ، والحليّ للّبس ، والفحل للضّرَابِ ، والكلب للصّيْدِ ، وغير ذلك ؛ لأنّ النبي ﷺ استعارَ أدْرَعاً^(٢٥) ، وذكر إعارةَ دَلْوِها وفحلها . وذكر ابنُ مسعودٍ عاريةَ القدر والميزان ، فيثبتُ الحُكْمُ في هذه الأشياءِ ، وما عداها مقيسٌ عليها إذا كان في معناها . ولأنّ ما جاز للمالك استيفاءُه

(٢٤) في الأصل : « ترده » . وتقدم في أول الباب .

(٢٥) في الأصل : « أدراعا » .

من المنافع ، مَلَكَ إِبَاحَتَهُ إِذَا لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ مَانِعٌ كَالثِّيَابِ . وَلَئِنَّهَا أَعْيَانٌ تَجُوزُ إِجَارَتُهَا ، فَجَازَتْ إِعَارَتُهَا ، كَالثِّيَابِ . وَتَجُوزُ اسْتِعَارَةُ الدَّرَاهِمِ وَالْذَنَانِيرِ لِيَزِنَ بِهَا ، فَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِيُثَقِّلَهَا ، فَهَذَا قَرْضٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَقِيلَ : لَيْسَ هَذَا جَائِزًا ، وَلَا تَكُونُ الْعَارِيَّةُ فِي الذَّنَانِيرِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا شَيْئًا . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مَعْنَى الْقَرْضِ ، فَانْعَقَدَ الْقَرْضُ بِهِ ، كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ .

فصل : وَلَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِكَافِرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَمَكِينُهُ مِنْ اسْتِخْدَامِهِ ، فَلَمْ تَجْزِ إِعَارَتُهُ لذلِكَ ، وَلَا إِعَارَةُ الصَّيِّدِ لِمُحْرَمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ ^(٢٦) اِمْسَاكُهُ ، وَلَا إِعَارَةُ الْمَرْأَةِ الْجَمِيلَةِ لِرَجُلٍ غَيْرِ مُحْرَمٍ ، إِنْ كَانَ يَحْلُو بِهَا ، أَوْ يَنْظُرُ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهَا . وَتَجُوزُ إِعَارَتُهَا لِامْرَأَةٍ وَلِذِي مُحْرَمٍ . وَلَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْعَيْنِ لِنَفْعٍ مُحْرَمٍ ، كإِعَارَةِ الدَّارِ لِمَنْ يَشْرَبُ فِيهَا الْحَمْرَ ، أَوْ يَبِيعُهُ فِيهَا ، أَوْ يَعْبُدِي اللَّهَ تَعَالَى فِيهَا ، وَلَا إِعَارَةَ عَبْدِهِ لِلزَّمْرِ ، أَوْ لِيَسْقِيَهُ الْحَمْرَ ، أَوْ يَحْمِلُهَا لَهُ ، أَوْ يَعْبُرُهَا ، أَوْ خَوْ ذَلِكِ . وَيُكْرَهُ أَنْ يَسْتَعِيرَ وَالِدِيهِ لِخِدْمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُكْرَهُ لَهُ اسْتِخْدَامُهُمَا ، فَكُرِهَ اسْتِعَارَتُهُمَا لذلِكَ .

فصل : وَتَجُوزُ الْإِعَارَةُ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةٌ ، فَجَازَ فِيهَا ذَلِكِ ، كإِبَاحَةِ الطَّعَامِ . وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ إِنَّمَا تُؤَثِّرُ فِي الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ ، فَإِذَا أَعَارَهُ شَيْئًا مُطْلَقًا ، أُبِيحَ لَهُ الْاِئْتِفَاعُ بِهِ فِي كُلِّ مَا هُوَ مُسْتَعِدٌّ لَهُ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ^(٢٧) . فَإِذَا أَعَارَهُ أَرْضًا مُطْلَقًا ، فَلَهُ أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا ، وَيَغْرِسَ ، وَيَبْنِيَ ، وَيَفْعَلَ فِيهَا كُلَّ مَا هِيَ مُعَدَّةٌ لَهُ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ مُطْلَقٌ . وَإِنْ أَعَارَهُ لِلْغِرَاسِ أَوْ لِلْبِنَاءِ ، فَلَهُ أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَّهُ دُونَ ضَرَرِّهِمَا ، فَكَأَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ . وَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِلزَّرْعِ ، لَمْ يَغْرِسْ ، وَلَمْ يَبْنِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَّهَا أَكْثَرُ ، فَلَمْ يَكُنْ الْإِذْنُ فِي الْقَلِيلِ إِذْنًا فِي الْكَثِيرِ . وَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِلْغِرَاسِ ، أَوْ لِلْبِنَاءِ ، مَلَكَ الْمَادُّونَ فِيهِ مِنْهُمَا دُونَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَّهَا مُخْتَلِفٌ . فَإِنَّ

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) في م زيادة : « به » .

ضَرَرَ الْغَرَّاسِ فِي بَاطِنِ الْأَرْضِ لِإِثْثَارِ الْعُرُوقِ فِيهَا ، وَضَرَرَ الْبِنَاءِ فِي ظَاهِرِهَا ، فَلَمْ يَكُنِ
 الْإِذْنَ فِي أَحَدِهِمَا إِذْنًا فِي الْآخَرِ . وَإِنْ اسْتَعَارَهَا لِزَرْعِ الْحِنْطَةِ ، فَلَهُ زَرْعُهَا وَزَرْعُ مَا هُوَ
 أَقْلُ ضَرَرًا مِنْهَا ، كَالشَّعِيرِ وَالْبَاقِلَا / وَالْعَدَسِ ، وَلَهُ زَرْعُ مَا ضَرَرَهُ كَضَرَرِ الْحِنْطَةِ ؛ لِأَنَّ
 الرُّضَى بِزِرَاعَةِ شَيْءٍ رَضَى بِضَرَرِهِ ، وَمَا هُوَ دُونَهُ ، وَلَيْسَ لَهُ زَرْعُ مَا هُوَ أَكْثَرُ ضَرَرًا مِنْهُ ،
 كَالذَّرَّةِ وَالذُّخْنِ وَالْقُطْنِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ أَكْثَرَ . وَحُكْمُ إِبَاحَةِ الْإِثْفَاعِ فِي الْعَارِيَّةِ ، كَحُكْمِ
 الْإِثْفَاعِ فِي الْإِجَارَةِ فِيمَا لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ ، وَمَا يُمْنَعُ مِنْهُ . وَسَنَذْكُرُ فِي الْإِجَارَةِ تَفْصِيلَ
 ذَلِكَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي زَرْعِ مَرَّةٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَزْرَعَ أَكْثَرَ مِنْهَا . وَإِنْ
 أُذِنَ لَهُ فِي غَرْسِ شَجَرَةٍ فَانْقَلَعَتْ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ غَرْسُ أُخْرَى ، وَكَذَلِكَ إِنْ أُذِنَ لَهُ فِي وَضْعِ
 خَشَبَةٍ^(٢٨) عَلَى حَائِطٍ فَانْكَسَرَتْ ، لَمْ يَمْلِكْ وَضْعُ أُخْرَى ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ إِذَا اخْتَصَّ بِشَيْءٍ
 لَمْ يَتَجَاوَزْهُ .

فصل : وَإِنْ^(٢٩) اسْتَعَارَ شَيْئًا ، فَلَهُ اسْتِيفَاءُ مَنَفَعَتِهِ بِنَفْسِهِ وَبَوَكِيلِهِ ؛ لِأَنَّ وَكِيلَهُ
 نَائِبٌ عَنْهُ ، وَيُدَّهِ كَيْدَهُ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُوجِرَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكِ الْمَنَافِعَ ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ
 يَمْلِكَهَا . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الْعَيْنَ .
 وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ لِلْمُسْتَعِيرِ اسْتِعْمَالَ الْمَعَارِ فِيمَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَهُ غَيْرَهُ . وَهَذَا
 أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالُوا فِي الْآخَرِ : لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛
 لِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ عَلَى حَسَبِ مَا مَلَكَهُ ، فَجَازَ كَمَا لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُوجِرَ . قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ :
 إِذَا اسْتَعَارَ ثَوْبًا لِيَلْبَسَهُ هُوَ ، فَأَعْطَاهُ غَيْرَهُ ، فَلَبَسَهُ ، فَهُوَ ضَامِنٌ . وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ مِنْ
 يَلْبَسُهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا لَمْ يَعْمَلْ بِهَا إِلَّا الَّذِي كَانَ يَعْمَلُ بِهَا الَّذِي
 أُعِيرَهَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَارِيَّةَ إِبَاحَةُ الْمَنَفَعَةِ ، فَلَمْ يُجْزَ أَنْ يُبَيِّحَهَا غَيْرَهُ
 كِإِبَاحَةِ^(٣٠) الطَّعَامِ . وَفَارَقَ الْإِجَارَةَ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْإِثْفَاعَ عَلَى كُلِّ وَجْهِ ، فَمَلَكَ أَنْ

(٢٨) فِي أ ، ب ، م : « خَشْبَتِهِ » .

(٢٩) فِي أ ، ب : « وَمِنْ » .

(٣٠) فِي ب : « وَكِلَابَةِ » .

يُمْلِكُهَا ، وفي العارية لم يملكها ، إنما ملك استيفاءها على وجه ما أُذِنَ له ، فأشبهه من أبيع له أكل الطعام . فعلى هذا ، إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يطالب من شاء منهما ؛ لأنَّ الأول سلط^(٣١) غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه ، والثاني استوفاه بغير إذنه ، فإن ضمن الأول رجَعَ على الثاني ؛ لأنَّ الاستيفاء حصل منه ، فاستقر الضمان عليه ، وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول ، إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال ، فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول ؛ لأنه غر الثاني ، ودفع إليه العين على أنه يستوفي منافعتها بغير عوض . وإن تلفت العين في يد الثاني ، استقر الضمان عليه بكل حال ؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، فإن رجَعَ على الأول ، رجَعَ الأول على الثاني ، وإن رجَعَ على الثاني ، لم يرجع على أحد .

فصل : وإن أعاره شيئا ، وأذن له في إجارته مدة معلومة ، أو في إعارته مطلقا ، أو مدة ، جاز ، لأنَّ الحق لمالكه ، فجاز ما أُذِنَ فيه . وليس له الرجوع بعد عقد الإجارة حتى ينقضي ؛ لأنَّ عقد الإجارة لازم ، وتكون العين مضمونة على المستعير ، غير مضمونة على المستأجر ؛ لأنَّ عقد الإجارة لا يوجب ضمنا . وإن أجره بغير إذن ، لم تصح الإجارة ، ويكون على المستأجر الضمان ، وللمالك تضمين من شاء منهما ، على ما ذكرناه في العارية .

فصل : ويجوز أن يستعير عبدا ليرهنه . / قال ابن المنذر : أجمعوا على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئا يرهنه عند رجل ، على شيء معلوم ، إلى وقت معلوم ، فرهَن ذلك على ما أُذِنَ له فيه ، أن ذلك جائز ؛ وذلك لأنه استعاره ليقتضيه به حاجته ، فصَحَّ ، كسائر العواري . ولا يُعتبر العلم بقدر الدين وجنسه ؛ لأنَّ العارية لا يُعتبر فيها العلم . وبهذا قال أبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الشافعي : يُعتبر ذلك ؛ لأنَّ الضرر يَحْتَلِفُ بذلك . ولنا ، أنها عارية لجنس من النفع ، فلم تُعتبر معرفة قدره ، كعارية

(٣١) في الأصل ، م : « سلطه » .

الأرض للزَّرع . ولا يصيرُ المُعِيرُ ضَامِنًا لِلدَّيْنِ . وقال الشَّافِعِيُّ ، في أَحَدِ قَوْلَيْهِ : يَصِيرُ ضَامِنًا لَهُ (٣٢) في رَقَبَةِ عَبْدِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ مَا يُسْتَحَقُّ بِهِ مَنَفَعَةُ الْعَيْنِ ، وَالْمَنَفَعَةُ هُنا لِلْمَالِكِ ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّهُ ضَمَانٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَعَارَهُ لِيَقْضِيَ مِنْ حَاجَتِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ضَامِنًا ، كَسَائِرِ الْعَوَارِي ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالْعَارِيَّةِ النَّفْعُ الْمَأْذُونُ فِيهِ ، وَمَا عَدَاهُ مِنَ النَّفْعِ فَهُوَ لِمَالِكِ الْعَيْنِ . وَإِنْ عَيَّنَ الْمُعِيرُ قَدْرَ الدَّيْنِ الَّذِي يَرْهَنُهُ بِهِ وَجِنْسَهُ ، أَوْ مَحَلًّا ، نَعَيْنَ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ تَنْعَيْنُ بِالتَّعْيِينِ ، فَإِنْ خَالَفَهُ فِي الْجِنْسِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِيهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَأْذَنْ فِي رَهْنِهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا أْذِنَ لَهُ فِي مَحَلٍّ ، فَخَالَفَهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أْذِنَ لَهُ فِي رَهْنِهِ بِدَيْنٍ مُوَجَّلٍ ، فَرهْنَهُ بِحَالٍ ، فَقَدْ لَا يَجِدُ مَا يَفْكُهُ بِهِ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ أْذِنَ فِي رَهْنِهِ بِحَالٍ ، فَرهْنَهُ بِمُوجَّلٍ ، فَلَمْ يَرْضَ أَنْ يُحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ عَبْدِهِ إِلَى أَجَلٍ ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ رَهْنَهُ بِأَكْثَرِ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَنْ رَضِيَ بِقَدْرِ الدَّيْنِ لَمْ (٣٣) يَلْزَمْ أَنْ يَرْضَى بِأَكْثَرِ مِنْهُ . وَإِنْ رَهْنَهُ بِأَقْصَى مِنْهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَنْ رَضِيَ بِعَشْرَةٍ ، رَضِيَ بِمَا دُونَهَا عُرْفًا ، فَأَشْبَهَ مِنْ أَمْرِ بِشَيْءٍ بِشَيْءٍ ، فَاشْتَرَاهُ بِدُونِهِ . وَلِلْمُعِيرِ مُطَالَبَةُ الرَّاهِنِ بِفِكَائِكَ الرَّهْنِ فِي الْحَالِ ، سَوَاءً كَانَ بِدَيْنٍ حَالٍ أَوْ مُوَجَّلٍ ؛ لِأَنَّ لِلْمُعِيرِ الرَّجُوعَ فِي الْعَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ . وَإِنْ حَلَّ الدَّيْنُ ، فَلَمْ يَفْكِهِ الرَّاهِنُ ، جَازَ بَيْعُهُ فِي الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُقْتَضَى الرَّهْنِ ، فَإِذَا بَاعَ فِي الدَّيْنِ ، أَوْ تَلَفَ ، رَجَعَ السَّيِّدُ عَلَى الرَّاهِنِ بِقِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ تُضْمَنُ بِقِيَمَتِهَا . وَإِنْ تَلَفَ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يُضْمَنُ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ . وَإِنْ اسْتَعَارَ عَبْدًا مِنْ رَجُلَيْنِ ، فَرهْنَهُ بِمَائَةٍ ، ثُمَّ قَضَى خَمْسِينَ ، عَلَى أَنْ تَخْرُجَ حِصَّةُ أَحَدِهِمَا ، لَمْ تَخْرُجْ ؛ لِأَنَّهُ رَهْنَهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ فِي صَفْقَةٍ ، فَلَا يَنْفَكُ بَعْضُهُ بِقَضَاءِ بَعْضِ الدَّيْنِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْعَبْدُ لِوَاحِدٍ .

فصل : وتَجُوزُ الْعَارِيَّةُ مُطْلَقَةً وَمُوقَّتَةً ؛ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ ، فَأَشْبَهَتْ إِبَاحَةَ الطَّعَامِ .

(٣٢) سقط من : الأصل .

(٣٣) في الأصل : لا .

وَلِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ فِي الْعَارِيَةِ أَى وَقْتِ شَاءَ ، سَوَاءَ كَانَتْ مُطْلَقَةً أَوْ مُوقَّتَةً ، مَا لَمْ يَأْذَنْ فِي شَعْلِهِ بِشَىءٍ يَتَصَرَّرُ بِالرُّجُوعِ فِيهِ . وَهَذَا هَال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَتْ مُوقَّتَةً ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْوَقْتِ ، وَإِنْ لَمْ تُؤَقَّتْ لَهُ مُدَّةٌ ، لَزِمَهُ تَرْكُهُ مُدَّةً يُنْتَفَعُ بِهَا فِي مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّ الْمُعِيرَ قَدْ مَلَكَهُ الْمَنْفَعَةُ فِي (٣٤) مُدَّةٍ ، وَصَارَتْ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ بِعَقْدِ مُبَاجٍ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فِيهَا بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الْمَالِكِ ، كَالْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ وَالْمُسْتَأْجِرِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَنَافِعَ الْمُسْتَقْبَلَةَ لَمْ تَحْصُلْ فِي يَدِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا بِالْإِعَارَةِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَحْصُلِ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ ، وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ ، فَلِلْمُوصَى الرُّجُوعُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْوَرِثَةُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّ التَّبَرُّعَ مِنْ غَيْرِهِمْ . وَأَمَّا الْمُسْتَأْجِرُ ، فَإِنَّهُ مَمْلُوكٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فَيَلْزَمُ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَيَجُوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ الرَّدُّ مَتَى شَاءَ . بِغَيْرِ خِلَافٍ / ٢٠٧/٤ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةٌ ، فَكَانَ لِمَنْ أُبِيحَ لَهُ تَرْكُهُ ، كإِبَاحَةِ الطَّعَامِ .

فصل : وَإِذَا أَطْلُقَ الْمُدَّةَ فِي الْعَارِيَةِ ، فَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا مَا لَمْ يَرْجِعْ . وَإِنْ وَقَّتَهَا ، فَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ مَا لَمْ يَرْجِعْ ، أَوْ يَنْقُضِيَ الْوَقْتَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَبَاحَ ذَلِكَ بِالْإِذْنِ ، ففِيمَا عَدَا مَحَلَّ الْإِذْنِ يَنْقَى عَلَى أَصْلِ التَّحْرِيمِ . فَإِنْ كَانَ الْمُعَارُ أَرْضًا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَغْرِسَ ، وَلَا يَبْنِيَ ، وَلَا يَزْرَعَ بَعْدَ الْوَقْتِ أَوْ الرُّجُوعِ ، فَإِنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ ، لَزِمَهُ قَلْعُ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْغَاصِبِ فِي ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَيْسَ لِعَرِيقٍ ظَالِمٌ حَقٌّ » (٣٥) . وَعَلَيْهِ أَجْرُ مَا اسْتَوْفَاهُ مِنْ نَفْعِ الْأَرْضِ عَلَى وَجْهِ الْعُدْوَانِ ، وَيَلْزَمُهُ الْقَلْعُ ، وَتَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ، وَنَقْصُ الْأَرْضِ ، وَسَائِرُ أَحْكَامِ الْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهُ عُدْوَانٌ .

فصل : فَإِنْ أَعَارَهُ شَيْئًا يَنْتَفَعُ (٣٦) بِهِ ائْتِفَاعًا يَلْزَمُ مِنَ الرُّجُوعِ فِي الْعَارِيَةِ فِي اثْنَائِهِ ضَرَرٌ بِالْمُسْتَعِيرِ ، لَمْ يَجْزَ لَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ يَضُرُّ بِالْمُسْتَعِيرِ ، فَلَمْ يَجْزَ لَهُ الْإِضْرَارُ

(٣٤) سقط من : الأصل ، ١ .

(٣٥) تقدم ترجمته في : ٦ / ٥٥٨ .

(٣٦) في ١ ، ب ، م ، « لينتفع » .

به ، مثل أن يُعِيرَهُ لَوْحًا يَرْقَعُ بِهِ سَفِينَتَهُ ، فَرَفَعَهَا بِهِ ، وَلَجَجَ بِهَا فِي الْبَحْرِ ، لَمْ يَجْزُرِ
الرُّجُوعُ مَا دَامَتْ فِي الْبَحْرِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ دُخُولِهَا فِي الْبَحْرِ ، وَبَعْدَ الْخُرُوجِ مِنْهُ ؛
لِعَدَمِ الضَّرَرِ فِيهِ . وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِيَدْفِنَ فِيهَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ مَا لَمْ يَدْفِنَ فِيهَا . فَإِذَا دَفَنَ لَمْ
يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ ، مَا لَمْ يَبْلُ الْمَيْتُ . وَإِنْ أَعَارَهُ حَائِطًا لِيَضَعَ عَلَيْهِ أَطْرَافَ خَشْبِهِ ،
جَارَ ، كَمَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْأَرْضِ لِلْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ مَا لَمْ يَضَعُهُ ، وَبَعْدَ وَضْعِهِ مَا لَمْ
يَبْنِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَإِنْ بَنَى عَلَيْهِ ، لَمْ يَجْزُرِ الرُّجُوعُ ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ هَدْمِ
الْبِنَاءِ . وَإِنْ قَالَ : أَنَا أَدْفَعُ إِلَيْكَ أَرْضَ مَا نَقَصَ بِالْقَلْعِ . لَمْ يَلْزَمْ الْمُسْتَعِيرُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا
قَلَعَهُ انْقَلَعَ مَا فِي مِلْكِ الْمُسْتَعِيرِ مِنْهُ ^(٣٧) . وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ قَلْعُ شَيْءٍ مِنْ مِلْكِهِ
بِضْمَانِ الْقِيَمَةِ . وَإِنْ انْهَدَمَ الْحَائِطُ وَزَالَ الْحَشْبُ عَنْهُ ، أَوْ أَزَالَهُ الْمُسْتَعِيرُ بِاخْتِيَارِهِ ، لَمْ
يَمْلِكْ إِعَادَتُهُ ، سِوَاءَ بَنَى الْحَائِطَ بَالْتِهِ أَوْ بغيرِهَا ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ لَا تَلْزَمُ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ
الرُّجُوعُ قَبْلَ انْهْدَامِهِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِالْمُسْتَعِيرِ ، بِإِزَالَةِ الْمَادُونِ فِي وَضْعِهِ ، وَقَدْ
زَالَ ذَلِكَ . وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ الْحَشْبُ وَالْحَائِطُ بِحَالِهِ . وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِزِرَاعَةِ شَيْءٍ ،
فَلَهُ الرُّجُوعُ مَا لَمْ يَزْرَعْ ، فَإِذَا زَرَعَ لَمْ يَمْلِكْ ^(٣٨) الرُّجُوعُ فِيهَا إِلَى أَنْ يَنْتَهِيَ الزَّرْعُ . فَإِنْ
بَدَّلَ لَهُ قِيَمَةَ الزَّرْعِ لِيَمْلِكَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَقْتًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ .
فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُخَصَّدُ قَصِيلاً ^(٣٩) ، فَلَهُ الرُّجُوعُ فِي وَقْتِ إِمْكَانِ حَصَادِهِ ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ
فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ حَتَّى يَنْتَهِيَ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي الْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ
فِيهَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ قَلْعِهِ . فَإِذَا غَرَسَ وَبَنَى ، فَلِلْمَالِكِ الرُّجُوعُ فِيمَا بَيْنَ الْغِرَاسِ
وَالْبِنَاءِ ؛ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَتَّعَلَّقْ بِهِ مِلْكُ الْمُسْتَعِيرِ ، وَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي الرُّجُوعِ فِيهِ ^(٤٠) ، فَأُشْبِهَ مَا
لَوْ لَمْ يَبْنِ فِي الْأَرْضِ شَيْئًا ، وَلَمْ يَغْرِسْ فِيهَا . ثُمَّ إِنْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ اخْتِذَ بِنَائِهِ وَغِرَاسِهِ ، فَلَهُ

(٣٧) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ ذَلِكَ » .

(٣٨) فِي ب : « يَكُنْ لَهُ » .

(٣٩) أَيْ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى .

(٤٠) سَقَطَ مِنْ : ب . وَفِي الْأَصْلِ ، م : « مِنْهُ » .

ذلك ؛ لأنه ملكه فملك ثقله . (٤١) ولا يلزمه (٤٢) تسوية الحفر . ذكره القاضي ؛ لأن الميعر (٤٣) رضى بذلك حيث أعاره ، مع علمه بأن له قلع غرسه . ويحتمل أن عليه تسوية الحفر ؛ لأن القلع باختياره ، فإنه (٤٤) لو امتنع منه لم يجبر عليه ، فلزمه تسوية الأرض (٤٥) ، كما لو حרב أرضه التي لم / يستعرها . وإن أبى القلع ، فبذل له الميعر ما ينقص بالقلع ، أو قيمة غراسه وبنائه قائما ، ليأخذه الميعر ، أجبر المستعير عليه ؛ لأنه رجوع في العارية من غير إضرار . وإن قال المستعير : أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي . لم يكن له ؛ لأن الغراس تابع ، والأرض أصل ، ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ، ولا تتبعهما ، وهذا كله قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان ، إلا أن يكون أعاره مدة معلومة ، فرجع (٤٦) فيها قبل انقضاءها ؛ لأن الميعر لم يغرّه ، فكان عليه القلع ، كما لو شرط عليه . ولنا ، أنه بنى وغرس بإذن الميعر ، من غير شرط القلع ، فلم يلزمه القلع من غير ضمان ، كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت . وقولهم : لم يغرّه . ممنوع ؛ فإن الغراس والبناء يراد للتبعية ، وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه ، كأنه قال له (٤٧) : لا تغرس بعد هذه المدة . فإن امتنع الميعر من دفع القيمة وأرض النقص ، وامتنع المستعير (٤٨) من القلع ودفع الأجر (٤٩) ، لم يقلع ؛ لأن الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان ، والإذن فيما يبقى على الدوام ونصبر إزالته رضى بالإبقاء ، وقول النبي ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق » . يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق ، فعند ذلك ، إن اتفقا على البيع ،

(٤١) - (٤٢) في م : « ويلزمه » .

(٤٣) في الأصل ، م : « المستعير » .

(٤٤) في أ : « لأنه » .

(٤٥) في م : « الحفر » .

(٤٦) في الأصل ، أ ، ب : « يرجع » .

(٤٧) سقط من أ .

(٤٨) في الأصل : « المفلس » . وسقطت الكلمة من م .

(٤٩) في م : « الأجرة » .

بِيعَتِ الْأَرْضُ بِغَرَّاسِهَا ، وَدُفِعَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرُ حَقِّهِ ، فَيُقَالُ : كَمْ قِيَمَةُ الْأَرْضِ
 غَيْرَ مَعْرُوسَةٍ وَلَا مَبْنِيَّةٍ ؟ فَإِذَا قِيلَ عَشْرَةٌ . قُلْنَا : وَكَمْ تُسَاوِي مَعْرُوسَةً وَمَبْنِيَّةً ؟ فَإِنْ قَالُوا :
 خَمْسَةَ عَشَرَ . قُلْنَا : فَلِلْمُعِيرِ ثَلَاثُ الثَّمَنِ ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ ثُلُثُهُ . وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ^(٤٩) الْبَيْعِ ،
 بَقِيََا عَلَى حَالِهِمَا ، وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُ أَرْضِهِ كَيْفَ شَاءَ ، وَالْأَتِفَاعُ بِهَا بِمَا لَا يَضُرُّ الْغَرَّاسَ
 وَالْبِنَاءَ ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِمَا ، وَلِصَاحِبِ الْغَرَّاسِ وَالْبِنَاءِ الدُّخُولُ إِلَّا لِلْحَاجَةِ ، مِثْلُ السَّقْيِ
 وَإِصْلَاحِ الثَّمَرَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي الْغَرَّاسِ إِذْنٌ فِيمَا يَعُودُ بِصَلَاحِهِ ، وَأَتَّخِذَ ثَمَارَهُ ، وَسَقْيِهِ .
 وَلَيْسَ لَهُ دُخُولُهَا لِلتَّفَرُّجِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ رَجَعَ فِي الْإِذْنِ لَهُ . وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْعٌ مَا يَخْتَصُّ بِهِ
 مِنَ الْمِلْكِ مُتَفَرِّدًا ، فَيَكُونُ لِلْمُسْتَعِيرِ مِثْلُ مَا كَانَ لِبَائِعِهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ
 الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُ الشَّجَرِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لِلْمُعِيرِ
 أَخْذَهُ مَتَى شَاءَ بِقِيَمَتِهِ . قُلْنَا : عَدَمُ اسْتِقْرَارِهِ لَا يَمْنَعُ بَيْعَهُ ، بِدَلِيلِ الشُّفْعِ الْمَشْفُوعِ
 وَالصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَفِي جَمِيعِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ ، مَتَى كَانَ الْمُعِيرُ شَرَطَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ
 الْقَلْعَ عِنْدَ رُجُوعِهِ ، وَرَدَّ الْعَارِيَّةَ غَيْرَ مَشْغُولَةٍ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ عَلَى
 شُرُوطِهِمْ ، وَلِأَنَّ الْعَارِيَّةَ مُقَيَّدَةٌ غَيْرُ مُطْلَقَةٍ ، فَلَمْ تَتَنَاوَلْ مَا عَدَا الْمُقَيَّدَ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ
 دَخَلَ فِي الْعَارِيَّةِ رَاضِيًا بِالتَّزَامِ الضَّرَرِ الدَّاخِلِ عَلَيْهِ بِالْقَلْعِ ، وَلَيْسَ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ
 ضَمَانُ نَقْصِهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَأَمَّا تَسْوِيَةُ الْحُفْرِ الْحَاصِلَةِ بِالْقَلْعِ^(٥٠) فَإِذَا كَانَتْ
 مَشْرُوطَةً عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا ، وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمْ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِضَرَرِ الْقَلْعِ^(٥١) مِنَ الْحُفْرِ
 وَنَحْوِهِ ، حَيْثُ اشْتَرَطَ الْقَلْعَ . وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ أَجْرًا فِي شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ
 الْمَسَائِلِ ، إِلَّا فِيمَا إِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِلزَّرْعِ ، فَزَرَعَهَا ، ثُمَّ رَجَعَ الْمُعِيرُ فِيهَا قَبْلَ كَمَالِ
 الزَّرْعِ ، فَإِنَّ عَلَيْهِ أَجْرَ مِثْلِهِ ، مِنْ / حِينَ رَجَعَ الْمُعِيرُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ جَوَازُ الرُّجُوعِ ،
 وَإِنَّمَا مَنَعَ مِنَ الْقَلْعِ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ ، فَفِي دَفْعِ الْأَجْرِ جَمْعٌ بَيْنَ الْحَقِّينِ ، فَيُخْرَجُ فِي
 سَائِرِ الْمَسَائِلِ مِثْلُ هَذَا ، لَوْجُودِ هَذَا الْمَعْنَى فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ الْأَجْرُ فِي شَيْءٍ

(٤٩) فِي ب ، م : ١ : عَنْ .

(٥٠-٥١) سَقَطَ مِنْ : م .

من المَوَاضِع ؛ لَأَنَّ حُكْمَ الْعَارِيَّةِ بَاقٍ فِيهِ ، لَكَوْنُهَا صَارَتْ لَازِمَةً لِلضَّرَرِ اللَّاحِقِ بِفَسْخِهَا ، وَإِعَارَةُ تَقْتَضِي الْإِنْتِفَاعَ بِغَيْرِ عَوَضٍ .

فصل : وَإِذَا اسْتَعَارَ ذَابَّةً لِيَرْكَبَهَا ، جَازَ ؛ لَأَنَّ إِجَارَتَهَا لَذَلِكَ جَائِزَةٌ ، وَإِعَارَةُ أَوْسَعُ ، لِجَوَازِهَا فِيمَا لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، مِثْلُ إِعَارَةِ الْكَلْبِ لِلصَّيْدِ . فَإِنْ اسْتَعَارَهَا إِلَى مَوْضِعٍ ، فَجَاوَزَهُ^(٥١) ، فَقَدْ تَعَدَّى ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ لِلزِّيَادَةِ خَاصَّةً . فَإِذَا اسْتَعَارَهَا إِلَى طَبَرِيَّةٍ ، فَتَجَاوَزَ إِلَى الْقُدْسِ ، فَعَلَيْهِ أَجْرٌ مَا بَيْنَ طَبَرِيَّةٍ وَالْقُدْسِ خَاصَّةً . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْمَالِكُ : أَعَرْتَكُمَا إِلَى طَبَرِيَّةٍ . وَقَالَ الْمُسْتَعِيرُ : أَعَرْتِيهَا إِلَى الْقُدْسِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ يُشَبِّهُ مَا قَالَ الْمُسْتَعِيرُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَالِكَ مُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »^(٥٢) .

فصل : وَمَنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا ، فَاتْتَفَعَ بِهِ ، ثُمَّ ظَهَرَ مُسْتَحَقًّا ، فَلِمَالِكِهِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ، يُطَالَبُ بِهِ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ ضَمِنَ الْمُسْتَعِيرُ ، رَجَعَ عَلَى الْمُعِيرِ بِمَا غَرِمَ ؛ لِأَنَّهُ غَرَهُ بِذَلِكَ وَغَرَّمَهُ ،^(٥٣) لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ لَا أَجْرَ عَلَيْهِ^(٥٤) . وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْمُعِيرِ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ، فَإِنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي قَصَّارٍ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى غَيْرِ صَاحِبِهِ ، فَلَبِسَهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْقَصَّارِ دُونَ اللَّابِسِ . وَإِنْ تَلَفَ فَالْقِيَمَةُ تُسْتَقَرُّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى الْعَيْنِ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ . فَإِنْ ضَمِنَ الْمُعِيرُ ، رَجَعَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، وَإِنْ ضَمِنَ الْمُسْتَعِيرُ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ . وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ بِالِاسْتِعْمَالِ ، انْتَبَى عَلَى ضَمَانِ التَّقْصِصِ ، فَإِنْ قُلْنَا : هُوَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ . فَحُكْمُهُ حُكْمُ

(٥١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « فَجَاوَزَهُ » .

(٥٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي : ٦ / ٥٢٥ .

(٥٣-٥٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . وَفِي ب ، م : « لَا أَجْرَ لَهُ » .

الْقِيَمَةِ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ عَلَى الْمُعِيرِ . فَهُوَ كَالْأَجْرِ . عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ .

فصل : وَإِذَا حَمَلَ السَّيْلُ بَذَرَ رَجُلٍ مِنْ أَرْضِهِ إِلَى أَرْضٍ غَيْرِهِ ، فَنَبَتَ فِيهَا ، لَمْ يُجَبِّرْ عَلَى قَلْعِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : يُجَبِّرُ عَلَى ذَلِكَ ، إِذَا طَالَ بَهْ رَبُّ الْأَرْضِ بِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ حَصَلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ انْتَشَرَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِهِ فِي هَوَاءِ مِلْكٍ جَارِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ قَلْعَهُ إِنْ لَافَ لِلْمَالِ عَلَى مَالِكِهِ^(٥٤) ، وَلَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ تَفْرِيطٌ ، وَلَا يَدُومُ ضَرَرُهُ ، فَلَا يُجَبِّرُ عَلَى ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ حَصَلَتْ دَابَّتُهُ فِي دَارٍ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يُمْكِنُ خُرُوجُهَا إِلَّا بِقَلْعِ الْبَابِ أَوْ قَتْلِهَا ، فَإِنَّا لَا نُجَبِّرُهُ عَلَى قَتْلِهَا . وَيُفَارِقُ أَغْصَانُ الشَّجَرَةِ ، فَإِنَّهُ يَدُومُ ضَرَرُهُ ، وَلَا يَعْرِفُ قَدْرُ مَا يَشْغُلُ مِنَ الْهَوَاءِ فَيُؤَدِّي أَجْرَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَقْرُءُ فِي الْأَرْضِ إِلَى حِينَ حَصَادِهِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ عَلَيْهِ أَجْرٌ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاتَتْ دَابَّتُهُ فِي أَرْضِ إِنْسَانٍ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ . وَهَذَا بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ الزَّامَةَ تَبْقِيَةَ زَرْعٍ مَا أَذِنَ فِيهِ ،^(٥٥) فِي أَرْضِهِ^(٥٥) ، بِغَيْرِ أَجْرِ وَلَا انْتِفَاعٍ ، إِضْرَارٌ بِهِ ، وَشَغْلٌ لِمَلِكِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ ، فَلَمْ يَجْزِ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ إِبْقَاءَ بَهِيمَتِهِ فِي دَارٍ غَيْرِهِ عَامًّا . وَيُفَارِقُ مَبِيتَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُجَبِّرُ الْمَالِكَ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمْنَعُ مِنْ إِخْرَاجِهَا ، فَإِذَا تَرَكَهَا اخْتِيَارًا مِنْهُ ، كَانَ رَاضِيًّا بِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَيَكُونُ الزَّرْعُ لِمَالِكِ الْبَذَرِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَيْنِ مَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُ هَذَا الزَّرْعِ / حُكْمُ زَرْعِ الْغَاصِبِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي أَرْضِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ زَرَعَهُ مَالِكُهُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ هَذَا بِغَيْرِ عُذْوَانٍ ، وَقَدْ أُمْكِنَ جَبْرُ حَقِّ مَالِكِ الْأَرْضِ ، بِدَفْعِ الْأَجْرِ إِلَيْهِ . وَإِنْ أَحَبَّ مَالِكُهُ قَلْعَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ، وَمَا نَقَصَتْ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّهُ أَذْخَلَ النِّقْصَ عَلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، لِاسْتِصْلَاحِ مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمُسْتَعِيرَ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ السَّيْلُ حَمَلَ نَوَى ، فَنَبَتَ شَجَرًا فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، كَالزَّيْتُونِ وَالنَّخِيلِ وَنَحْوِهِ ، فَهُوَ لِمَالِكِ النَّوَى ؛ لِأَنَّهُ مِنْ نَمَاءِ مِلْكِهِ ، فَهُوَ كَالزَّرْعِ ، وَيُجَبِّرُ عَلَى قَلْعِهِ هَهُنَا ؛ لِأَنَّ

٢٠٨/٤ ظ

(٥٤) فِي م : مَلِكُهُ .

(٥٥-٥٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

ضَرَرَهُ يَدُومُ ، فَأُجْبِرَ عَلَى إِزَالَتِهِ ، كَأَغْصَانِ الشَّجَرَةِ الْمُنتَشِرَةِ فِي هَوَاءِ مَلِكٍ غَيْرِ مَالِكِهَا . وَإِنْ حَمَلَ السَّيْلُ أَرْضًا بِشَجَرِهَا ، فَتَبَتَتْ فِي أَرْضٍ آخَرَ كَمَا كَانَتْ ، فَهِيَ لِمَالِكِهَا ، يُجْبَرُ عَلَى إِزَالَتِهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَفِي كُلِّ ذَلِكَ ، إِذَا تَرَكَ صَاحِبُ الْأَرْضِ الْمُنتَقِلَةَ^(٥٦) أَوْ الشَّجَرَ^(٥٦) أَوْ الزَّرْعَ ذَلِكَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ الَّتِي انْتَقَلَ إِلَيْهَا ، لَمْ يَلْزَمُهُ نَقْلُهُ وَلَا أَجْرٌ ، وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ وَلَا عُذْوَانِهِ ، وَكَانَتِ الْخِيَرَةُ إِلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ الْمَشْغُولَةِ بِهِ ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ ، وَإِنْ شَاءَ قَلَعَهُ .

فصل : وَإِذَا اخْتَلَفَ رَبُّ الدَّائِبَةِ وَرَاكِبُهَا ، فَقَالَ الرَّاكِبُ : هِيَ عَارِيَّةٌ . وَقَالَ الْمَالِكُ : بَلِ اكْتَرَيْتُهَا^(٥٧) . فَإِنْ كَانَتِ الدَّائِبَةُ بَاقِيَةً^(٥٨) لَمْ تَنْقُصْ^(٥٨) ، لَمْ يَحُلْ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْاِخْتِلَافُ عَقِيبَ الْعَقْدِ ، أَوْ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرٌ ، فَإِنْ كَانَ عَقِيبَ الْعَقْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ عَقْدِ الْإِجَارَةِ ، وَبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الرَّاكِبِ مِنْهَا ، فَيَحِلُّفُ ، وَيُرَدُّ الدَّائِبَةُ إِلَى مَالِكِهَا ؛ لِأَنَّهَا عَارِيَّةٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ ادَّعَى الْمَالِكُ أَنَّهَا عَارِيَّةٌ . وَقَالَ الرَّاكِبُ : بَلِ اكْتَرَيْتُهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرٌ ، فَادَّعَى الْمَالِكُ الْإِجَارَةَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : الْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى تَلْفِ الْمَنَافِعِ عَلَى مِلْكِ الرَّاكِبِ ، وَادَّعَى الْمَالِكُ عِوَضًا لَهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ وَجُوبِهِ . وَبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الرَّاكِبِ مِنْهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّةِ انْتِقَالِ الْمَنَافِعِ إِلَى مِلْكِ الرَّاكِبِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي عَيْنٍ ، فَقَالَ الْمَالِكُ : بَعْتُكَهَا . وَقَالَ الْآخَرُ : وَهَبْتِنِيهَا . وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَجْرِي مَجْرَى الْأَعْيَانِ ، فِي الْمِلْكِ وَالْعَقْدِ عَلَيْهَا ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْأَعْيَانِ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ ، كَذَا هُنَا . وَمَا

(٥٦-٥٦) سقط من : ١ .

(٥٧) في الأصل : « أكرتها » .

(٥٨-٥٨) سقط من : ١ ، ب ، م .

ذَكَرُوهُ يُبْطِلُ بِهِذِهِ الْمَسْأَلَةَ . وَلَأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَنْتَقِلُ إِلَى الرَّائِبِ إِلَّا بِنَقْلِ
 الْمَالِكِ لَهَا ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي كَيْفِيَّةِ الْاِتِّقَالِ ، كَالْأَعْيَانِ ، فَيَحْلِفُ الْمَالِكُ ،
 وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ . وَفِي قَدَرِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَى
 وَجُوبِهِ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدَرِهِ ، وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ ، فَمَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي أَصْلِهِ أَوَّلَى .
 وَالثَّانِي : الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِقَوْلِ الْمَالِكِ وَيَمِينِهِ ، فَوَجَبَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ ،
 كَالْأَصْلِ . وَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّائِبِ فِيمَا مَضَى
 مِنْهَا^(٥٩) ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَعِيرِ فِيمَا بَقِيَ ؛ ^(٦٠) لِأَنَّ مَا بَقِيَ^(٦١) بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اخْتَلَفَا عَقِيبَ
 الْعَقْدِ . وَإِنْ ادَّعَى الْمَالِكُ فِي^(٦٢) هَذِهِ الصُّورَةِ أَنَّهَا عَارِيَّةٌ . وَادَّعَى الرَّائِبُ أَنَّهَا بِأَجْرٍ ،
 فَالرَّائِبُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الْمَنَافِعِ ، وَيَعْتَرِفُ بِالْأَجْرِ لِلْمَالِكِ ، وَالْمَالِكُ يُنْكِرُ ذَلِكَ
 كُلَّهُ ، فَالْقَوْلُ/قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، فَيَحْلِفُ ، وَيَأْخُذُ بِهَيْمَتِهِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ بَعْدَ تَلْفِ
 الْبَهِيمَةِ قَبْلَ مَضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ، سِوَاءِ ادَّعَى الْإِجَارَةَ أَوْ
 الْإِعَارَةَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ ادَّعَى الْإِجَارَةَ ، فَهُوَ مُعْتَرِفٌ لِلرَّائِبِ بِبِرَاءَةِ ذِمَّتِهِ مِنْ ضَمَانِهَا ،
 فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَإِنْ ادَّعَى الْإِعَارَةَ ، فَهُوَ يَدَّعِي قِيمَتَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا
 اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْقَبْضِ ، وَالْأَصْلُ فِيمَا يَقْبِضُهُ الْإِنْسَانُ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ الضَّمَّانُ ، لِقَوْلِ
 النَّبِيِّ ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » . فَإِذَا حَلَفَ الْمَالِكُ ، اسْتَحَقَّ
 الْقِيَمَةَ ، وَالْقَوْلُ فِي قَدَرِهَا قَوْلُ الرَّائِبِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الزِّيَادَةَ الْمُخْتَلَفَ فِيهَا ،
 وَالْأَصْلُ عَدَمُهَا . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ بَعْدَ مَضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرٌ ، وَتَلَفَ الْبَهِيمَةَ ، وَكَانَ
 الْأَجْرُ بِقَدَرِ قِيمَتِهَا ، أَوْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ مِنْهَا أَقْلُ مِمَّا يَعْتَرِفُ بِهِ الرَّائِبُ ، فَالْقَوْلُ
 قَوْلُ الْمَالِكِ بغيرِ يَمِينٍ ، سِوَاءِ ادَّعَى الْإِجَارَةَ أَوْ الْإِعَارَةَ ، إِذْ لَا فَايِدَةَ فِي الْيَمِينِ عَلَى شَيْءٍ
 يَعْتَرِفُ لَهُ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَأْخُذَهُ إِلَّا بِيَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي شَيْئًا لَا يُصَدِّقُ فِيهِ ، وَيَعْتَرِفُ

(٥٩) سقط من : الأصل .

(٦٠-٦١) سقط من : الأصل ، ب . نقلة نظر .

(٦١) سقط من : م .

له الرَّاكِبُ بما يَدَّعِيهِ ، فيَحْلِفُ على ما يَدَّعِيهِ . وإن كان ما يَدَّعِيهِ المَالِكُ أَكْثَرَ ، مثل إن كانت قِيَمَةُ الْبَهِيمَةِ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرِهَا ، فَادَّعَى المَالِكُ أَنَّهَا عَارِيَةٌ ، لِتَجِبَ لَهُ الْقِيَمَةُ ، وَأَنْكَرَ اسْتِحْقَاقَ الْأَجْرَةِ ، وَادَّعَى الرَّاكِبُ أَنَّهَا مُكْتَرَاةٌ ، أَوْ كَانَ الْكِرَاءُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهَا فَادَّعَى المَالِكُ أَنَّهُ أَجَرَهَا ، لِيَجِبَ لَهُ الْكِرَاءُ ، وَادَّعَى الرَّاكِبُ أَنَّهَا عَارِيَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ فِي الصُّورَتَيْنِ ؛ لِمَا قَدَّمْنَا ، فَإِذَا حَلَفَ ، اسْتَحَقَّ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كُلُّهُ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وإن قال المَالِكُ : غَصَبْتُهَا . وقال الرَّاكِبُ : بل أَعْرَضْتُهَا . فإن كان الاختِلَافُ عَقِيبَ الْعَقْدِ ، وَالدَّابَّةُ قَائِمَةٌ لَمْ يَتَلَفَ مِنْهَا شَيْءٌ ، فَلَا مَعْنَى لِلِاخْتِلَافِ ، وَيَأْخُذُ المَالِكُ بِبَهِيمَتِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الدَّابَّةُ تَالِفَةً ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَجِبُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، كَوُجُوبِهَا عَلَى الْغَاصِبِ . وَإِنْ كَانَ الاختِلَافُ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجَرَ ، فَالاختِلَافُ فِي وَجُوبِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ . وَهَذَا ظَاهِرُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَنَقَلَ الْمُزْنِيُّ عَنْهُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الرَّاكِبِ ؛ لِأَنَّ المَالِكَ يَدَّعِي عَلَيْهِ عَوَضًا ، الْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنْهُ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْيَدِّ أَنَّهَا بِحَقٍّ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ صَاحِبِهَا . وَلَنَا ، مَا قَدَّمْنَا فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، بَلْ هَذَا أَوَّلَى ، لِأَنَّهُمَا تَمَّ اتِّفَاقًا عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ مِلْكٌ لِلرَّاكِبِ ، وَهَهُنَا لَمْ يَتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ المَالِكَ يُنْكِرُ انْتِقَالَ الْمِلْكِ فِيهَا إِلَى الرَّاكِبِ ، وَالرَّاكِبُ يَدَّعِيهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْاِنتِقَالِ ، فَيَحْلِفُ ، وَيَسْتَحِقُّ الْأَجَرَ . وَإِنْ قَالَ المَالِكُ : غَصَبْتُهَا^(٦٢) . وقال الرَّاكِبُ : أَعْرَضْتُهَا . فَالاختِلَافُ هَهُنَا فِي^(٦٣) وَجُوبِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ يَجِبُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَحْتَلِفَ الْمُسَمَّى وَأَجْرُ الْمِثْلِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِنْ كَانَتِ الدَّابَّةُ تَالِفَةً عَقِيبَ اخْتِذَاهَا ، حَلَفَ وَأَخَذَ قِيَمَتَهَا ، وَإِنْ

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : غَصَبْتُهَا .

(٦٣) فِي الْأَصْلِ : إِلَى . وَلَيْسَ فِي : ب ، م . وَلَمَّا الصَّوَابُ مَا أَثْبَتَاه .

كانت قد بَقِيَتْ مُدَّةٌ لِمِثْلِهَا أَجْرٌ ، وَالْمُسَمَّى بِقَدْرِ أَجْرِ الْمِثْلِ ، أَخَذَهُ الْمَالِكُ ؛
لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى اسْتِحْقَاقِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ أَجْرُ الْمِثْلِ دُونَ الْمُسَمَّى . وَفِي الْيَمِينِ
وَجْهَانِ . وَإِنْ كَانَ زَائِدًا عَلَى الْمُسَمَّى ، لَمْ يَسْتَحِقَّهُ إِلَّا يَمِينٌ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

/ كِتَابُ الْعَصَبِ

الْعَصَبُ : هو الاستيلاء على مال غيره بِغَيْرِ حَقٍّ . وهو مُحَرَّمٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ والإجماع . أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(١) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ ^(٢) . وقوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا ﴾ ^(٣) . وَالسَّرِقَةُ نَوْعٌ مِنَ الْعَصَبِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ يَوْمَ النَّحْرِ : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَغَيْرُهُ ^(٤) . وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ زَيْدٍ قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « مَنْ أَخَذَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ ظُلْمًا ، طَوَّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . وَرَوَى أَبُو حُرَّةَ الرَّقَاشِيُّ ، عَنْ عَمِّهِ وَعَمْرِو بْنِ يَثْرِبِيٍّ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » . رَوَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ الْجُوزْجَانِيُّ ^(٦) . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى تَحْرِيمِ الْعَصَبِ فِي الْجُمْلَةِ ، وَإِنَّمَا

(١) سورة النساء ٢٩ .

(٢) سورة البقرة ١٨٨ .

(٣) سورة المائدة ٣٨ .

(٤) تقدم تخريجه في : ١٥٦ / ٥ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض ، من كتاب المظالم . وفي : باب ما جاء في سبع أرضين ، من كتاب بدء الخلق . صحيح البخاري ٣ / ١٧٠ ، ٤ / ١٣٠ . ومسلم ، في : باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ، من كتاب المساقاة ٣ / ١٢٣٠ ، ١٢٣٢ .

(٦) كما أخرجه الدارمي ، في : باب من أخذ شيئاً من الأرض ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٦٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٨٧ - ١٩٠ .

(٦) تقدم تخريجه في : ٦٠٦ / ٦ .

اختلفوا في فروع منه . إذا ثبت هذا ، فمن غصب شيئا لزمه ردُّه ، ما كان باقيا ، بغير خلاف نعلمه . لقول النبي ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ »^(٧) . ولأنَّ حَقَّ الْمُغْصُوبِ مِنْهُ مُتَعَلِّقٌ^(٨) بِعَيْنِ مَالِهِ وَمَالِيَّتِهِ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إِلَّا بِرَدِّهِ . فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، لَزِمَهُ بَدْلُهُ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَمَنْ آعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾^(٩) . ولأنَّه لَمَّا تَعَذَّرَ رَدُّ الْعَيْنِ ، وَجَبَ رَدُّ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا فِي الْمَالِيَّةِ . ثُمَّ يَنْظُرُ ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّا تَمَّائِلُ أَجْزَاؤُهُ ، وَتَنَفَّارَتْ صِفَاتُهُ ، كَالْحُبُوبِ وَالْأَذْهَانِ ، وَجَبَ مِثْلُهُ ، لِأَنَّ الْمِثْلَ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَهُوَ^(١٠) مُمَائِلٌ لَهُ مِنْ طَرِيقِ الصُّورَةِ وَالْمُشَاهَدَةِ وَالْمَعْنَى ، وَالْقِيَمَةُ^(١١) مُمَائِلَةٌ مِنْ طَرِيقِ الظَّنِّ وَالاجْتِهَادِ ، فَكَانَ مَا طَرِيقُهُ الْمُشَاهَدَةُ مُقَدِّمًا ، كَمَا يُقَدِّمُ النَّصُّ عَلَى الْقِيَاسِ ، لِكَوْنِ النَّصِّ طَرِيقُهُ الْإِدْرَاكُ بِالسَّمَاعِ ، وَالْقِيَاسُ طَرِيقُهُ الظَّنُّ وَالاجْتِهَادُ . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَقَارِبِ الصِّفَاتِ ، وَهُوَ مَا عَدَا الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونِ ، وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ ، فِي قَوْلِ الْجَمَاعَةِ . وَحُكِيَ عَنِ الْعَبْرِيِّ : يَجِبُ فِي كُلِّ شَيْءٍ مِثْلُهُ ؛ لِمَا رَوَتْ جَسْرَةُ / بَنَتْ دَجَاجَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّهَا قَالَتْ : مَا رَأَيْتُ صَانِعًا مِثْلَ حَفْصَةَ ، صَنَعَتْ طَعَامًا ، فَبَعَثَتْ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَخَذَنِي الْأَفْكَلُ^(١٢) فَكَسَرْتُ الْإِنَاءَ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ ؟ فَقَالَ : « إِنَاءٌ مِثْلُ الْإِنَاءِ ، وَطَعَامٌ مِثْلُ الطَّعَامِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١٣) . وَعَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ إِحْدَى نِسَاءِ النَّبِيِّ ﷺ كَسَرَتْ قَصْعَةَ الْأُخْرَى ، فَدَفَعَ النَّبِيُّ ﷺ قَصْعَةَ الْكَاسِرَةِ إِلَى رَسُولِ صَاحِبَةِ الْمَكْسُورَةِ ، وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ فِي بَيْتِهِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ مُطَوَّلًا ، وَرَوَاهُ

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٢ .

(٨) في ب ، م ، : « معلق » .

(٩) سورة البقرة ١٩٤ .

(١٠-١١) سقط من : الأصل .

(١١) الأفكل : الرعدة من برد أو خوف ، والمراد هنا من الغيرة .

(١٢) في : باب في من أفسد شيئا يفرم مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٧ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الغيرة ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧ / ٦٦ . والإمام أحمد ، في : المسند

٦ / ١٤٨ ، ٢٧٧ .

الترمذى نحوه^(١٣)، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَسْلَفَ بَعِيرًا ، وَرَدَّ مِثْلَهُ^(١٤) . وَلَنَا ؛ مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ ، قَوْمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . فَأَمَرَ بِالتَّقْوِيمِ فِي حِصَّةِ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّهَا مُتَلَفَةٌ بِالْعِتْقِ ، وَلَمْ يَأْمُرْ بِالْمِثْلِ . وَلَأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تَنْتَسَوِي أَجْزَافًا ، وَتَبَيَّنَ صِفَاتُهَا ، فَالْقِيمَةُ فِيهَا أَعْدَلُ وَأَقْرَبُ إِلَيْهَا ، فَكَانَتْ أَوْلَى . وَأَمَّا الْخَبَرُ فَمَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ جَوَزَ ذَلِكَ بِالتَّرَاضِي ، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّهَا تَرْضَى بِذَلِكَ .

فصل : وما تتماثل أجزأه ، وتتقارب صفاته ، كالذرأهيم والدنانير والحبوب والأذهان ، ضمن بمثله . بغير خلاف . قال ابن عبد البر : كُلُّ مَطْعُومٍ ، مِنْ مَا كُوِلَ أَوْ مَشْرُوبٍ ، فَمُجْمَعٌ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى مُسْتَهْلِكِهِ مِثْلُهُ لَا قِيمَتُهُ . وَأَمَّا سَائِرُ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، فَظَاهِرٌ كَلَامُ أَحْمَدَ أَنَّهُ يُضْمَنُ بِمِثْلِهِ أَيْضًا ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ،

(١٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في من أفسد شيئا يفرم مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٧ . والترمذى ، في : باب في من يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦ / ١١٣ . كما أخرجه البخاري ، في : باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره ، من كتاب المظالم . صحيح البخاري ٣ / ١٧٩ . (١٤) أخرجه مسلم ، في : باب من استسلف شيئا ففقد خيرا منه ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢٤ ، ١٢٢٥ ، وأبو داود ، في : باب في حسن القضاء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٢٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في استقراض البعير ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٦ / ٥٦ - ٥٨ . والنسائي ، في : باب استسلاف الحيوان واستقراضه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٥٦ . وابن ماجه ، في : باب السلم في الحيوان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٦٧ . والدارمي ، في : باب في الرخصة في استقراض الحيوان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٥٤ . والإمام مالك ، في : باب ما يجوز من السلف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢ / ٦٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٩٠ .

(١٥) أخرجه البخاري ، في : باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفي : باب إذا أعتق عبداً بين اثنين ، وباب إذا أعتق نصيباً في عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخاري ٣ / ١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : أول كتاب العتق ، وفي : باب من أعتق شركاً له في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٢ / ١١٣٩ ، ١١٤٠ ، ٣ / ١٢٨٦ ، ١٢٨٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق نصيباً له من مملوك ، وباب من ذكر السعاية في هذا الحديث ، وباب في من روى أنه لا يستسمى ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٢ / ٣٤٨ - ٣٥٠ . والترمذى ، في : باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦ / ٩٢ - ٩٤ . والنسائي ، في : باب الشركة بغير مال ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٠ ، ٢٨١ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق شركاً له في عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٥ ، ٤ / ٣٧ .

وإبراهيم بن هانيء^(١٦) : ما كان من الدراهم والدنانير ، وما يكال ويوزن ، فعليه مثله دون القيمة . فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزون ، إلا أن يكون مما فيه صناعة ، كعمول الحديد والنحاس والرصاص من الأواني والآلات ونحوها . والحلي من الذهب والفضة وشبهه ، والمنسوج من الحرير والكتان والقطن والصوف والشعر ، والمغزول من ذلك ، فإنه يضمن بقيمته ؛ لأن الصناعة تؤثر في قيمته ، وهي مختلفة ، فالقيمة فيه أخصر ، فأشبهه غير المكيل والموزون . وذكر القاضي أن النقرة^(١٧) والسبيكة من الأثمان ، والعنب والرطب والكمثرى إنما^(١٨) يضمنه بقيمته . وظاهر / كلام أحمد يدل على ما قلنا . وإنما خرج منه ما فيه الصناعة ؛ لما ذكرنا . ويختل أن يضمن النقرة بقيمتها ، لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها ، وفيه إثلاف . فعلى هذا ، إن كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان ، وجبت قيمته من غالب نقد البلد ، فإن كانت من غير جنسه ، وجبت بكل حال ، وإن كانت من جنسه ، فكانت موزونة وجبت^(٢٠) . وإن كانت أقل أو أكثر ، قوم بغير جنسه ، لئلا يؤدي إلى الربا . وقال القاضي : إن كانت فيه صناعة مباحة ، فزادت قيمته من أجلها ، جاز تقويمه بجنسه ؛ لأن ذلك قيمته ، والصناعة لها قيمة ، وكذلك لو كسر الحلي ، وجب أرض كسره ، ويخالف البيع ، لأن الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ، ويقابلها في الإثلاف ، ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد ، وتنفرد بضمانها بالإثلاف . قال بعض أصحاب الشافعي : هذا مذهب الشافعي . وذكر بعضهم مثل القول الأول ، وهو الذي ذكره أبو الخطاب ؛ لأن القيمة مأخوذة على سبيل العوض ، فالزيادة فيه ربا ،

٢/٥ ط

(١٦) أبو إسحاق إبراهيم بن هانيء النيسابوري ، نقل عن الإمام أحمد مسائل كثيرة ، وكان ورعا صالحا ، صبوراً على

الفقر ، توفي سنة خمس وستين ومائتين . طبقات الحنابلة ١ / ٩٧ ، ٩٨ .

(١٧) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

(١٨) سقط من : م ، ١ .

(١٩) في ب ، م : « يضمن » .

(٢٠) في م زيادة : « قيمته » .

كالْبَيْعِ وَكَالتَّقْصِي . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا كَسَرَ الْحَلَى ، يُصْلِحُهُ أَحَبُّ إِلَيَّ . قَالَ الْقَاضِي : وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمَا تَرَاضِيَا بِذَلِكَ ، لَا أَنَّهُ عَلَى طَرِيقِ الْوُجُوبِ . وَهَذَا فِيمَا إِذَا كَانَتِ الصَّنَاعَةُ مُبَاحَةً ، فَإِنْ كَانَتْ مُحَرَّمَةً كَالْأَوَانِي وَحَلِي الرِّجَالِ ، لَمْ يَجُزْ ضَمَانُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ وَزْنِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الصَّنَاعَةَ لَا قِيَمَةَ لَهَا شَرْعًا ، فَهِيَ كَالْمَعْدُومَةِ .

٨٦٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَعَرَسَهَا ، أَخَذَ بِقَلْعِ غَرْبِهِ وَأَجْرَتِهَا إِلَى وَقْتِ تَسْلِيمِهَا ، وَمِقْدَارِ نَقْصَانِهَا ، إِنْ كَانَ نَقْصَهَا الْغَرْسُ) .

الْكَلَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي فُصُولٍ : أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُتَصَوَّرُ غَصَبُ الْعَقَارِ مِنَ الْأَرْضِي وَالْأُورِ ، وَيَجِبُ ضَمَانُهَا عَلَى غَاصِبِهَا . هَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ أَحْمَدَ ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَصْحَابِهِ ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَرَوَى ابْنُ مَنْصُورٍ ، عَنْ أَحْمَدَ فِي مَنْ غَصَبَ أَرْضًا فَرَزَعَهَا ، ثُمَّ أَصَابَهَا عَرَقٌ مِنَ الْغَاصِبِ ، غَرِمَ قِيَمَةَ الْأَرْضِ ، وَإِنْ كَانَ شَيْئًا مِنَ السَّمَاءِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ . وَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهَا لَا تُضْمَنُ بِالْغَصَبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُونُسَ : لَا يُتَصَوَّرُ غَصَبُهَا ، وَلَا تُضْمَنُ بِالْغَصَبِ ، / وَإِنْ أَتْلَفَهَا ، ضَمِنَهَا بِالْإِثْلَافِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجَدُ فِيهَا الثَّقَلُ وَالتَّخْوِيلُ ^(١) ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْوَحَالِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَتَاعِهِ ، فَتَلَفَ الْمَتَاعُ ؛ لِأَنَّ الْغَصَبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَى الْمَالِ عُذْوَانًا عَلَى وَجْهِ تَزَوُّلٍ بِهِ يَدُ الْمَالِكِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي الْعَقَارِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ ظَلَمَ قَيْدَ شَيْءٍ مِنَ الْأَرْضِ ، طَوَّقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ » . (رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٢)) عَنْ عَائِشَةَ ^(٣) . وَفِي لَفْظٍ : « مَنْ غَصَبَ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ » . فَأَخْبَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنَّهُ يُغَصَبُ وَيُظْلَمُ فِيهِ . وَلِأَنَّ مَا ضُمِنَ فِي الْبَيْعِ ، وَجَبَ ضَمَانُهُ فِي الْغَصَبِ ، كَالْمَنْقُولِ ، وَلِأَنَّهُ

٣/٥

(١) فِي م : « وَالتَّحْرِيمُ » .

(٢) (٢-٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٣٦٠ .

يُمْكِنُ الاسْتِيْلَاءُ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَالِكِهِ ، مِثْلُ أَنْ يَسْكُنَ الدَّارَ وَيَمْنَعَ مَالِكَهَا مِنْ دُخُولِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَخَذَ الدَّابَّةَ وَالْمَتَاعَ . وَأَمَّا إِذَا حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَتَاعِهِ ، فَمَا اسْتَوْلَى عَلَى مَالِهِ ، فَظَيْرُهُ هُنَا أَنْ يَخْبِسَ الْمَالِكُ ، وَلَا يَسْتَوْلَى عَلَى دَارِهِ . وَأَمَّا مَا تَلَفَ مِنَ الْأَرْضِ بِفِعْلِهِ ، أَوْ سَبَبِ فِعْلِهِ ، كَهَدْمِ حِيطَانِهَا ، وَتَغْرِيقِهَا ، وَكَشْطِ ثُرَائِبِهَا ، وَالْقَاءِ الْحِجَارَةِ فِيهَا ، أَوْ نَقْصِ يَحْصُلُ بَعْرُسِهِ أَوْ بِنَائِهِ ، فَيُضْمَنُ بَغَيْرِ اخْتِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ ، وَلَا بَيْنَ الْعُلَمَاءِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِثْلَافٌ ، وَالْعَقَارُ يُضْمَنُ بِالْإِثْلَافِ مِنْ غَيْرِ اخْتِلَافٍ . وَلَا يَحْصُلُ الْعَصَبُ مِنْ غَيْرِ اسْتِيْلَاءٍ ، فَلَوْ دَخَلَ أَرْضُ إِنْسَانٍ أَوْ دَارُهُ ، لَمْ يَضْمَنْهَا بِدُخُولِهِ ، سِوَاءَ دَخَلَهَا بِإِذْنِهِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، وَسِوَاءَ كَانَ صَاحِبُهَا فِيهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : إِنْ دَخَلَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا فِيهَا ، ضَمِنَهَا ، سِوَاءَ قَصَدَ ذَلِكَ ، أَوْ ظَنَّ أَنَّهَا دَارُهُ ، أَوْ دَارَ أَذْنٍ لَهُ فِي دُخُولِهَا ؛ لِأَنَّ يَدَ الدَّاخِلِ ثَبَّتَتْ عَلَيْهَا بِذَلِكَ ، فَيَصِيرُ غَاصِبًا ، فَإِنَّ الْعَصَبَ إِثْبَاتُ الْيَدِ الْعَادِيَةِ ، وَهَذَا قَدْ ثَبَّتَتْ يَدُهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ تَنَازَعَا فِي الدَّارِ وَلَا بَيِّنَةً لَهَا ، حَكِمَ بَهَا لِمَنْ هُوَ فِيهَا ، دُونَ الْخَارِجِ مِنْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَوْلٍ عَلَيْهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ دَخَلَهَا بِإِذْنِهِ ، أَوْ دَخَلَ صَحْرَاءَهُ ، وَلَئِنَّهُ إِنَّمَا يَضْمَنُ بِالْعَصَبِ مَا يَضْمَنُهُ فِي الْعَارِيَةِ ، وَهَذَا لَا تُثَبِّتُ بِهِ الْعَارِيَةُ ، وَلَا يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ فِيهَا ، فَكَذَلِكَ لَا يُثَبِّتُ بِهِ الْعَصَبُ ، إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنٍ .

الفصل الثاني : أَنَّهُ إِذَا غَرَسَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَطَلَبَ صَاحِبُ الْأَرْضِ قَلْعَ غَرَسِهِ أَوْ بِنَائِهِ ، لَزِمَ الْغَاصِبُ ذَلِكَ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ زَيْدٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ نُفَيْلٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٤) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى / أَبُو دَاوُدَ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ فِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ قَالَ : فَلَقَدْ أُخْبِرَنِي الَّذِي حَدَّثَنِي هَذَا الْحَدِيثَ ، أَنَّ رَجُلًا غَرَسَ فِي أَرْضِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ ، مِنْ بَنِي بَيَاضَةَ ، فَأَخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَضَى لِلرَّجُلِ بِأَرْضِهِ ، وَقَضَى

لِلْآخَرِ أَنْ يَنْزِعَ نَحْلَهُ . قال : فلقد رَأَيْتُهَا تُضْرَبُ فِي أَصُولِهَا بِالْفُؤُوسِ ، وَإِنَّهَا لَتَنَحُلُّ عَمٍّ^(٥) . وَلَئِنَّ شَعْلَ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، بِمِلْكِهِ الَّذِي لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، بَغِيرِ إِذْنِهِ ، فَلَزِمَهُ تَفْرِيعُهُ ، كَمَا لَوْ جَعَلَ فِيهِ قُمَاشًا . وَإِذْ قَلَعَهَا لَزِمَهُ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ، وَرَدُّ الْأَرْضِ إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ ضَرَّرَ حَصَلَ يَفْعَلُهُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَلَزِمَتْهُ إِزَالَتُهُ . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الْأَرْضِ اخْتِذَ الشَّجَرَ وَالْبِنَاءَ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لَأَنَّهُ عَيْنُ مَالِ الْغَاصِبِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ صَاحِبُ الْأَرْضِ اخْتِذَهُ ، كَمَا لَوْ وَضَعَ فِيهَا أَثَاثًا أَوْ حَيَوَانًا . وَإِنْ طَلَبَ اخْتِذَهُ بِقِيمَتِهِ ، وَأَبَى مَالِكُهُ إِلَّا الْقَلْعَ ، فَلَهُ الْقَلْعُ ؛ لَأَنَّهُ^(٦) مِلْكُهُ ، فَمَلِكُ تَقْلَعُهُ . وَلَا يُجْبَرُ عَلَى اخْتِذِ الْقِيمَةِ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهَا . وَإِنْ اتَّفَقَ عَلَى تَعْوِضِهِ عَنْهُ بِالْقِيمَةِ أَوْ غَيْرِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، فَجَازَ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ . وَإِنْ وَهَبَ الْغَاصِبُ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ لِمَالِكِ الْأَرْضِ ، لِيَتَخَلَّصَ مِنْ قَلْعِهِ ، وَقَبِلَهُ الْمَالِكُ ، جَازَ . وَإِنْ أَبَى قَبُولَهُ ، وَكَانَ فِي قَلْعِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ^(٧) لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لَمَا تَقَدَّمَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ^(٨) اخْتَمَلَ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ رَفْعَ الْخُصُومَةِ مِنْ غَيْرِ غَرَضٍ يَفُوتُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِجْبَارًا عَلَى عَقْدٍ يُعْتَبَرُ الرُّضَى فِيهِ . وَإِنْ غَضَبَ أَرْضًا وَغِرَاسًا مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ ، فَعَرَسَهُ فِيهَا^(٩) فَالْكُلُّ لِمَالِكِ الْأَرْضِ . فَإِنْ طَالَبَهُ الْمَالِكُ بِقَلْعِهِ ، وَفِي قَلْعِهِ غَرَضٌ ، أُجْبِرَ عَلَى قَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَتْ عَلَيْهِ غَرَضًا مَقْصُودًا بِالْأَرْضِ ، فَأُخِذَ بِإِعَادَتِهَا إِلَى مَا كَانَتْ ، وَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ ، وَنَقْصُهَا ، وَنَقْصُ الْغِرَاسِ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي قَلْعِهِ غَرَضٌ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَلْعِهِ ؛ لَأَنَّهُ سَفَهٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى السَّفَهِ . وَقِيلَ : يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ مُحَكَّمٌ فِي مِلْكِهِ ، وَالْغَاصِبُ غَيْرُ مُحَكَّمٍ ، فَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ قَلْعَهُ ، وَمَنَعَهُ الْمَالِكُ^(٩) لَمْ يَمْلِكْ

(٥) أخرجه أبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الإمارة ، سنن أبي داود ٢ / ١٥٨ . وأبو عبيد في غريب الحديث ١ / ٢٩٦ .

وعُمٌّ : أى طوال . اللسان (ع م م) .

(٦) في الأصل : « فإنه » .

(٧-٧) سقط من : م .

(٨) في م : « فيه » .

(٩) في م : « الحاكم » .

قَلْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ مِلْكٌ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ غَيْرُهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

فصل : وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا بَنَى فِي الْأَرْضِ ، كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا غَرَسَ فِيهَا فِي هَذَا التَّفْصِيلِ جَمِيعِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَرَّجُ أَنَّهُ إِذَا بَدَّلَ مَالِكُ الْأَرْضِ الْقِيَمَةَ لِصَاحِبِ الْبِنَاءِ أُجِبَرَ عَلَى قَبُولِهَا ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّقْضِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ التَّقْضَ سَفَهٌ . / وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِمَا رَوَى الْحَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنِ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ بَنَى فِي رِيَاءٍ قَوْمٌ بِإِذْنِهِمْ فَلَهُ الْقِيَمَةُ ، وَمَنْ بَنَى بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَهُ التَّقْضُ » ^(١٠) . وَلِأَنَّ ذَلِكَ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا . وَإِذَا كَانَتِ الْآلَةُ مِنْ تُرَابِ الْأَرْضِ وَأُحْجَرَتْهَا ، فَلَيْسَ لِلْغَاصِبِ التَّقْضُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْغَرَسِ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ دَارًا ، فَجَصَصَهَا وَزَوَّقَهَا وَطَالَبَهُ رُبُّهَا بِإِزَالَتِهِ ، وَفِي إِزَالَتِهِ غَرَضٌ ، لَزِمَهُ إِزَالَتُهُ ، وَأَرْضُ نَفْسِهَا إِنْ نَقَصَتْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَرَضٌ ، فَوَهَبَهُ الْغَاصِبُ لِمَالِكِهَا ، أُجِبَرَ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ صِفَةٌ فِي الدَّارِ ، فَاشْتَبَهَ فُصَارَةَ الثَّوْبِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ ؛ لِأَنَّهَا أَعْيَانٌ مُتَمَيِّزَةٌ ، فَصَارَتْ بِمَنْزِلَةِ الْقُمَاشِ . وَإِنْ طَلَبَ الْغَاصِبُ قَلْعَهُ ، وَمَنَعَهُ الْمَالِكُ ، وَكَانَ لَهُ قِيَمَةٌ بَعْدَ الْكَشْطِ ، فَلِلْغَاصِبِ قَلْعُهُ ، كَمَا يَمْلِكُ قَلْعَ غَرَّاسِهِ ، سِوَاءَ بَدَّلَ لَهُ الْمَالِكُ قِيَمَتَهُ ، أَوْ لَمْ يَبْدُلْ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ قَلْعَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُ ؛ لِأَنَّهُ سَفَهٌ يَضُرُّ وَلَا يَنْفَعُ ، فَلَمْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ ^(١١) .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَكَشَطَ تُرَابَهَا ، لَزِمَهُ رَدُّهُ وَفَرَشُهُ عَلَى مَا كَانَ ، إِنْ طَلَبَهُ الْمَالِكُ ، وَكَانَ فِيهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَرَضٌ ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى فَرَشِهِ ؟

(١٠) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ بَنَى أَوْ غَرَسَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْغَصَبِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى ٦ / ٩١ .

وَابْنُ عَدَى ، فِي الْكَامِلِ ٥ / ١٦٦٩ .

(١١) فِي مِ زِيَادَةَ : « وَإِنْ بَدَّلَ الْمَالِكُ لَهُ قِيَمَتَهُ لِيَتْرَكَهُ » .

يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وَإِنْ مَنَعَهُ الْمَالِكُ فَرَشَهُ ، أَوْ رَدَّهُ وَطَلَبَ الْغَاصِبُ ذَلِكَ ، وَكَانَ فِي رَدِّهِ غَرَضٌ مِنْ إِزَالَةِ ضَرَرٍ ، أَوْ ضَمَانٍ ، فَلَهُ فَرَشُهُ وَرَدُّهُ ، وَعَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُهَا مُدَّةَ شَغْلِهَا وَأَجْرٌ نَقْصِهَا . وَإِنْ أَخَذَ تَرَابَ أَرْضٍ ، فَضَرَبَهُ ^(١٢) لِبِنَايٍ ، رَدٌّ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ جَعَلَ فِيهِ تَبْنًا لَهُ ، فَيَكُونُ لَهُ أَنْ يَحْلُهُ وَيَأْخُذَ تَبْنَهُ . وَإِنْ كَانَ لَا يَحْصُلُ مِنْهُ شَيْءٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ عَلَى كَسْطِ التَّزْوِيقِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ^(١٣) لَهُ قِيَمَةٌ . وَإِنْ طَالَبَهُ الْمَالِكُ بِحَلِّهِ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ فِيهِ غَرَضٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ^(١٤) فِيهِ غَرَضٌ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ جَعَلَهُ أَجْرًا أَوْ فَخَارًا ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ لَعَمَلِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ كَسْرُهُ ، وَلَا لِلْمَالِكِ إِجْبَارُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ سَفَهٌ لَا يُفِيدُ ، وَإِثْلَافٌ لِلْمَالِ ، وَإِضَاعَةٌ لَهُ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ ^(١٥) .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بَيْتًا فَطَالَبَهُ الْمَالِكُ بِطَمِّهَا ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْأَرْضِ ، وَلِأَنَّ التُّرَابَ مِلْكُهُ ، نَقَلَهُ مِنْ مَوْضِعِهِ ، فَلَزِمَهُ رَدُّهُ ، كَتَرَابِ الْأَرْضِ . وَكَذَلِكَ إِنْ حَفَرَ فِيهَا نَهْرًا ، أَوْ حَفَرَ / بَيْتًا فِي مِلْكِ رَجُلٍ بغيرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ طَمِّهَا ، فَمَنَعَهُ الْمَالِكُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ غَرَضٌ فِي طَمِّهَا ، بَأَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ ضَمَانُ مَا يَقَعُ فِيهَا ، أَوْ يَكُونَ قَدْ نَقَلَ تُرَابَهَا إِلَى مِلْكِ نَفْسِهِ ، أَوْ مِلْكِ غَيْرِهِ ، أَوْ طَرِيقٍ يَحْتَاجُ إِلَى تَفْرِيعِهِ ، فَلَهُ الرَّدُّ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْغَرَضِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَرَضٌ فِي طَمِّ الْبَيْتِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ وَضَعَ التُّرَابَ فِي مِلْكِ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ ، وَأَبْرَأَهُ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ مِمَّا حَفَرَ ، وَإِذِنْ فِيهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ طَمُّهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ لَا نَفْعَ فِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ فِعْلُهُ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ نُقْرَةً ، فَطَبَعَهَا دَرَاهِمَ ، ثُمَّ أَرَادَ جَعْلَهَا نُقْرَةً . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالْمُزَنِّيُّ ، وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَهُ طَمُّهَا . وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي لَنَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَأُ مِنَ الضَّمَانِ بِإِبْرَاءِ الْمَالِكِ ، لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ مِمَّا لَمْ يَجِبْ بَعْدُ ، وَهُوَ أَيْضًا إِبْرَاءٌ مِنْ

٤/٥ ظ

(١٢) فِي ب ، م : « فَضْرَبَ بِهِ » .

(١٣-١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظَرَ .

(١٤) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي : ٦ / ٥١٦ .

حَقٌّ غَيْرِهِ وهو الواقعُ فيها . ولنا ، أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا لَزِمَهُ لَوُجُودِ التَّعَدَّى ، فإذا رَضِيَ صاحِبُ الأرضِ ، زَالَ التَّعَدَّى ، فزَالَ الضَّمَانُ ، وليس هذا إِبْرَاءً مِمَّا لم يَجِبْ ، وإِنَّمَا هو إسْقَاطُ التَّعَدَّى بِرِضَائِهِ به . وهكذا يَتَبَيَّنُ أَنَّ يكونَ إِذَا لم يَتَلَفَظْ بِالْإِبْرَاءِ ، ولكن مَنَعَهُ من طَمَها ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ رِضَاءَهُ بِذَلِكَ .

الفصل الثالث : أَنَّ على الغاصِبِ أَجْرَ الأرضِ منذُ غَصَبِها إلى وَقْتِ تَسْلِيمِها . وهكذا كُلُّ ما لَهُ أَجْرٌ ، فعلى الغاصِبِ أَجْرُ مِثْلِهِ ، سواءَ اسْتَوْفَى المَنَافِعَ أو تَرَكَها حتى ذَهَبَتْ ؛ لِأَنَّهُا تَلَفَتْ في يَدِهِ العَادِيَةِ ، فكان عليه عَرَضُها ، كالأَعْيَانِ . وإن غَصَبَ أرضًا ، فَبَنَّاها دارًا ، فإن كانت آلاَتُ بِنَائِها من مالِ الغاصِبِ ، فعليه أَجْرُ الأرضِ دُونَ بِنَائِها ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا غَصَبَ الأرضَ والبِنَاءَ لَهُ ، فلم يَلْزَمْهُ أَجْرُ ماله . وإن بَنَّاها بِتَرابٍ منها ، والآتِ لِلْمَغْصُوبِ منه ، فعليه أَجْرُها مَبْنِيَّةٌ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ كُلَّها مِلْكٌ لِلْمَغْصُوبِ منه ، وإِنَّمَا لِلْغاصِبِ فيها أَثَرُ الفِعْلِ ، فلا يكونُ في مُقَابَلَتِهِ أَجْرٌ ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ عُدْوَانًا . وإن غَصَبَ دارًا ، فَنَقَضَها ، ولم يَبْنِها ، فعليه أَجْرُ دارٍ إلى حينِ نَقْضِها ، وأَجْرُها مَهْدُومَةٌ من حينِ نَقْضِها إلى حينِ رَدِّها ؛ لِأَنَّ البِنَاءَ أَنهَدَمَ وتَلَفَ ، فلم يَجِبْ أَجْرُهُ مع تَلَفِها^(١٥) . وإن نَقَضَها ، ثم بَنَّاها بآلَةٍ من عِنْدِهِ ، فالحُكْمُ فيها كذلك . وإن بَنَّاها بِآلَتِها ، أو آلَةٍ من ثُرَابِها ، أو مِلْكٍ الْمَغْصُوبِ منه^(١٦) ، فعليه أَجْرُها عَرَضَةً ، منذُ نَقْضِها إلى أن بَنَّاها ، وأَجْرُها / دارًا فيما قَبْلَ ذلك وبعْدَهُ ؛ لِأَنَّ البِنَاءَ لِلْمَالِكِ . وحُكْمُها في نَقْضِ بِنَائِها الذي بَنَّاها الغاصِبُ ، حُكْمُ ما لو غَصَبَها عَرَضَةً فَبَنَّاها . وإن كان الغاصِبُ باعَها ، فَبَنَّاها المُشْتَرِي ، أو نَقَضَها ثم بَنَّاها ، فالحُكْمُ لا يَخْتَلِفُ ، لكن^(١٧) لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةٌ مَن شاءَ منهما ، والرُّجُوعُ عليه ، فإن رَجَعَ على الغاصِبِ ، رَجَعَ الغاصِبُ على المُشْتَرِي بِقِيَمَةِ ما تَلَفَ من الأَعْيَانِ ؛ لِأَنَّ المُشْتَرِي دَخَلَ على أَنَّهُ مَضْمُونٌ عليه بالعِوضِ ،^(١٨) فَاسْتَقَرَّ ضَمَانُهُ عليه^(١٩) . وإن رَجَعَ المَالِكُ على المُشْتَرِي ، رَجَعَ المُشْتَرِي على الغاصِبِ بِنَقْصِ

(١٥) في ب : « تَلَفَهُ » .

(١٦) سَقَطَ من : الأَصْلُ .

(١٧) في ب : « لَأَنَّ » .

(١٨-١٩) في الأَصْلُ : « لم يَسْتَقِرَّ ضَمَانُهُ » .

التَّالِفِ ، ولم يَرْجِعْ بِقِيَمَةِ مَا تَلَفَ . وهل يَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْأَجْرِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وليس له مُطَالَبَةُ الْمُشْتَرَى ^(١٩) مِنَ الْأَجْرِ إِلَّا بِالْأَجْرِ مُدَّةً مُقَامِهَا فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَدُهُ . إِنَّمَا ثَبَتَتْ عَلَيْهَا حِينَئِذٍ .

الفصل الرابع : أن على الغاصبِ ضَمَانَ نَقْصِ الْأَرْضِ ، إن كان نَقَصَهَا الْغَرَسُ ، أو نَقَصَتْ بغيره . وهكذا كُلُّ عَيْنٍ مَغْصُوبَةٍ ، على الغاصبِ ضَمَانُ نَقْصِهَا إِذَا كَانَ نَقْصًا مُسْتَقَرًّا ، كَتَوْبٍ تَحْرَقُ ، وَإِنَاءٍ تَكْسَرُ ، وَطَعَامٍ سَوَسَ ، وَبِنَاءٍ خُرِبَ ، وَنَحْوِهِ ، فَإِنَّهُ يَرُدُّهَا وَأَرْضَ النِّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ حَصَلَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ ، كَالْقَفْيزِ مِنَ الطَّعَامِ ، وَالذَّرَاعِ مِنَ الثَّوْبِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : إِذَا شَقَّ رَجُلٌ لِرَجُلٍ ثَوْبًا شَقًّا قَلِيلًا ، أَخَذَ أَرْضَهُ . وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا ، فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَسْلِيمِهِ وَأَخْذِ قِيَمَتِهِ ، وَبَيْنَ إِمْسَاكِهِ وَأَخْذِ أَرْضِهِ . وقد رَوَى عَنْ أَحْمَدَ كَلَامٌ يَحْتَمِلُ هَذَا ؛ فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ مُوسَى بْنِ سَعِيدٍ ^(٢٠) ، فِي الثَّوْبِ : إِنْ شَاءَ شَقَّ الثَّوْبَ ، وَإِنْ شَاءَ مَثَلَهُ . يَعْنِي - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - إِنْ شَاءَ أَخَذَ أَرْضَ الشَّقِّ ^(٢١) . وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذِهِ جِنَايَةٌ أُتْلِفَتْ مُعْظَمُ مَنْفَعَتِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِقِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ قُتِلَ شَاةٌ لَهُ . وَحَكَى أَصْحَابُ مَالِكٍ عَنْهُ ، أَنَّهُ إِذَا جَنَى عَلَى عَيْنٍ ، فَأُتْلِفَ غَرَضٌ صَاحِبُهَا فِيهَا ، كَانَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ رَجَعَ بِمَا نَقَصَتْ ، وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَهَا وَأَخَذَ قِيَمَتَهَا . وَلَعَلَّ مَا يُحْكِي عَنْهُ مِنْ قَطْعِ ذَنْبِ حِمَارِ الْقَاضِي ، يَنْبَنِي ^(٢٢) عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أُتْلِفَ غَرَضُهُ بِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْكَبُهُ فِي الْعَادَةِ . وَحُجَّتُهُمْ أَنَّهُ أُتْلِفَ الْمَنْفَعَةُ الْمَقْصُودَةُ مِنَ السَّلْعَةِ ، فَلَزِمَتْهُ قِيَمَتُهَا ، كَمَا لَوْ أُتْلِفَ جَمِيعُهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا جِنَايَةٌ عَلَى مَالِ أَرْضِهَا دُونَ قِيَمَتِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمُطَالَبَةُ بِجَمِيعِ قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الشَّقُّ يَسِيرًا ، وَلَئِنْ جِنَايَةٌ تُنْقِصُ بِهَا الْقِيَمَةُ ، فَأَشْبَهُ مَا لَوْ لَمْ يُتْلَفْ

(١٩) في م زيادة : بشيء .

(٢٠) موسى بن سعيد الدنداني ، ثقة ، رفيع القدر ، كانت عنده مسائل حسان ، ذكره أبو بكر الحلال ، في كتابه .

طبقات الحنابلة ١ / ٣٣٢ .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في الأصل : مبنى .

عَرَضُ صَاحِبِهَا ، / وفي الشَّاةِ ثَلَاثٌ جَمِيعُهَا ؛ لِأَنَّ الْإِثْلَافَ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ،
لَا يَعْزِضُ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِنْ لَمْ يَصْلُحْ لِهَذَا صُلِحَ لِغَيْرِهِ .

فصل : وقدرُ الأرضِ قدرُ^(٢٣) تقصيرِ القيمةِ في جميعِ الأعيانِ . وهذا قال الشافعي .
وعن أحمد روايةٌ أخرى ، أَنَّ عَيْنَ الدَّابَّةِ تُضْمَنُ رُبْعَ قِيمَتِهَا . فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي
الْحَارِثِ ، فِي رَجُلٍ فَقَأَ عَيْنَ دَابَّةٍ لِرَجُلٍ : عَلَيْهِ رُبْعُ قِيمَتِهَا . قِيلَ لَهُ : فَقَا الْعَيْنَيْنِ ؟
فَقَالَ : إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً ، فَقَالَ عُمَرُ رُبْعَ الْقِيَمَةِ ، وَأَمَّا الْعَيْنَانِ فَمَا سَمِعْتُ فِيهِمَا شَيْئًا .
قِيلَ لَهُ : فَإِنْ كَانَ بَعِيرًا أَوْ بَقَرَةً أَوْ شَاةً ؟ فَقَالَ : هَذَا غَيْرُ الدَّابَّةِ ، هَذَا يُنْتَفَعُ بِلَحْمِهِ ،
يُنْظَرُ مَا تَقْصُصُهَا . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا أَوْجَبَ مِقْدَارًا^(٢٤) فِي الْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ مِنْ
الدَّابَّةِ ، وَهِيَ الْفَرَسُ وَالْبَعْلُ وَالْحِمَارُ خَاصَّةً لِلْأَثَرِ الْوَارِدِ فِيهِ ، وَمَا عَدَا هَذَا يُرْجَعُ إِلَى
الْقِيَاسِ . وَاحْتَجَّ أَصْحَابُنَا لِهَذِهِ الرِّوَايَةِ ، بِمَا رَوَى زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي
عَيْنِ الدَّابَّةِ رُبْعَ قِيمَتِهَا^(٢٥) . وَرَوَى^(٢٦) عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى شُرَيْحٍ
لَمَّا كَتَبَ إِلَيْهِ يَسْأَلُهُ عَنْ عَيْنِ الدَّابَّةِ : إِنَّا كُنَّا نُنْزِلُهَا مَنْزِلَةَ الْآدَمِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ أَجْمَعَ رَأْيُنَا أَنَّ
قِيمَتَهَا رُبْعُ الثَّمَنِ . وَهَذَا إِجْمَاعٌ يُقَدَّمُ عَلَى الْقِيَاسِ . ذَكَرَ هَذَيْنِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي
« رُؤُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَلَعَ عَيْنَ بَهِيمَةٍ يُنْتَفَعُ بِهَا مِنْ وَجْهَتَيْنِ ،
كَالدَّابَّةِ وَالْبَعِيرِ وَالْبَقَرَةِ ، وَجَبَ نِصْفُ قِيمَتِهَا ، وَفِي إِحْدَاهُمَا رُبْعُ قِيمَتِهَا ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَجْمَعَ رَأْيُنَا عَلَى أَنَّ قِيمَتَهَا رُبْعُ الثَّمَنِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْعَبْدِ ، أَنَّهُ
يُضْمَنُ فِي الْعَصَبِ بِمَا يُضْمَنُ بِهِ فِي الْجَنَائَةِ ؛ فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ ، وَفِي مُوَضِّحَتِهِ
نِصْفُ عَشْرِ قِيمَتِهِ ، وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ^(٢٧) أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَّانٌ لِأَبْعَاضِ

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) في الأصل ، ب : « مقدار » .

(٢٥) ذكره الهيثمي ، في : باب الديات في الأعضاء وغيرها ، من كتاب الديات . مجمع الزوائد ٦ / ٢٩٨ .

والزيلعي ، في : باب جنابة البهيمة والجنابة عليها ، من كتاب الديات . نصب الراية ٤ / ٣٨٨ .

(٢٦) في م : « وقد روى » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

العبد ، فكان مُقدَّرًا من قيمته ، كأرض الجنائية . ولنا ، أنه ضَمَانُ مالٍ من غير جنائية ، فكان الواجب ما نقص ، كالثوب ، وذلك لأنَّ القصد بالضمان جبرٌ حق المالك بإيجاب قدر المفقوت عليه ، وقدر النقص هو الجابر ، ولأنه لو فات الجميع لوجبَت قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة ، كغير الحيوان . وأما حديث زيد بن ثابت ، فلا أصل له ، ولو كان صحيحًا لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه ، فإن قول النبي ﷺ أحق أن يحتج به . وأما قول عمر ، فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها ، كما روى عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين دينارًا ، ولو كان تقديرًا ، لوجب في العين نصف / القيمة ، كعين الأدمي . وأما ضَمَانُ الجنائية على أطراف العبد ، فمعدول به عن القياس ، للإلحاق بالجنائية على الحر ، والواجب ههنا ضَمَانُ اليد ، ولا تثبت اليد على الحر ، فوجب البقاء فيه على موجب الأصل ، وإلحاقه بسائر الأموال المعصوية . وقول أبي حنيفة : إن هذا في بهيمة الأنعام والدابة . لا يصح ؛ لأن هذا القول مبني على قول عمر ، وقول عمر إنما هو في الدابة ، والدابة في العرف ما يعد للركوب دون بهيمة الأنعام .

٦/٥

فصل : وإن غصب عبدا ، فجنى عليه جنائية مقدرة الدية ، فعلى قولنا : ضَمَانُ الغصب ضَمَانُ الجنائية . الواجب أرض الجنائية ، كما لو جنى عليه من غير غصب ، فنقصته الجنائية أقل من ذلك أو أكثر . وإن قلنا : ضَمَانُ الغصب غير ضَمَانِ الجنائية . وهو الصحيح ، فعليه أكثر الأمرين ، من أرض النقص أو دية ذلك العضو ؛ لأن سبب^(٢٨) ضَمَانِ كل واحد منهما وجد^(٢٩) ، فوجب أكثرهما ، ودخل الآخر فيه ، فإن الجنائية واليد وجدا جميعا . فإن غصب عبدا يساوي ألفا ؛ فزادت قيمته ، فصار يساوي ألفين ، ثم قطع يده ، فنقص ألفا ، لزمه ألف ، ورد العبد ؛ لأن سبب^(٣٠) زيادة

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) في م : واجب .

(٣٠) سقط من : الأصل .

السُّوقِ مع تَلَفِ الْعَيْنِ مَضْمُونَةٌ ، وَيَدُ الْعَبْدِ كَنَصْفِهِ ، فَكَأَنَّهُ يَقْطَعُ يَدَهُ قَوْتُ نَصْفِهِ .
وإن نَقَصَ أَلْفًا وَخَمْسُمِائَةٍ ، وَقُلْنَا : الْوَاجِبُ مَا نَقَصَ . فَعَلَيْهِ أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٌ ، وَيَرُدُّ
الْعَبْدَ . وإن قُلْنَا : ضَمَانُ الْجَنَائَةِ . فَعَلَيْهِ أَلْفٌ ، وَرَدُّ الْعَبْدِ فَحَسْبُ . وإن نَقَصَ
خَمْسُمِائَةٍ ، فَعَلَيْهِ رَدُّ الْعَبْدِ ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ أَلْفٌ أَوْ خَمْسُمِائَةٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : وإن غَصَبَ عَبْدًا ، فَقَطَعَ آخَرَ يَدَهُ ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّ
الْجَنَائِيَّ قَطَعَ يَدَهُ ، وَالْغَاصِبُ حَصَلَ النِّقْصُ فِي يَدِهِ ، إِنْ ضَمَّنَ الْجَانِيَّ ، فَلَهُ تَضْمِينُهُ
نِصْفَ قِيمَتِهِ لَا غَيْرَ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضْمَنْهُ أَكْثَرَ مِمَّا وَجَبَ عَلَيْهِ . وَيَضْمَنُ
الْغَاصِبُ مَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ إِنْ نَقَصَ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ
قُلْنَا : إِنْ ضَمَّنَ الْعَصْبُ ضَمَانَ الْجَنَائَةِ ، أَوْ لَمْ يَنْقُصْ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ . لَمْ يَضْمَنْ
الْغَاصِبُ هُنَا شَيْئًا . وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْغَاصِبِ ، وَقُلْنَا : إِنْ ضَمَّنَ الْعَصْبُ
كضَمَانِ الْجَنَائَةِ . ضَمَّنَهُ نِصْفَ الْقِيَمَةِ ، وَرَجَعَ بِهَا الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِي ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ
حَصَلَ بِفَعْلِهِ فَاسْتَفَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنْ ضَمَّنَ الْعَصْبُ بِمَا نَقَصَ . فَلِرَبِّ
الْعَبْدِ / تَضْمِينُهُ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ ؛ لِأَنَّ مَا وَجَدَ فِي يَدِهِ فَهُوَ فِي حُكْمِ الْمَوْجُودِ مِنْهُ ، ثُمَّ
يَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِي بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَرْضُ جَنَائَتِهِ ^(٣١) ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ
مِنْهَا .

٦/٥ ط

فصل : وإن غَصَبَ ^(٣٢) عَبْدًا ، فَقَطَعَ أُذُنَيْهِ ، أَوْ يَدَيْهِ ، أَوْ ذَكَرَهُ ، أَوْ أَنْفَهُ ، أَوْ
لِسَانَهُ أَوْ خُصْيَتَيْهِ ، لَرَمْتُهُ قِيمَتَهُ ^(٣٣) كُلُّهَا ، وَرَدُّ الْعَبْدِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهَذَا قَالَ
مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ : يُخَيَّرُ الْمَالِكُ بَيْنَ أَنْ يَصْبِرَ وَلَا شَيْءَ لَهُ ،
وَبَيْنَ اخْتِذِ قِيمَتِهِ وَيَمْلِكُهُ الْجَانِي ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ مَالٍ ، فَلَا يَتَّقَى مِلْكُ صَاحِبِهِ عَلَيْهِ مَعَ
ضَمَانِهِ لَهُ ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُتَلَفَ الْبَعْضُ ، فَلَا يَقِفُ ضَمَانُهُ عَلَى زَوَالِ

(٣١) فِي ب ، م : « جَنَائَةٍ » .

(٣٢) فِي ب زِيَادَةٌ : « قِيمَةٍ » .

(٣٣) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

المَلِكُ عن جُمْلَتِهِ ، كَقَطْعِ ذَكَرِ الْمُدَبِّرِ ، وَكَقَطْعِ إِحْدَى يَدَيْهِ أَوْ أُذُنَيْهِ ، وَلَأنَّ الْمَضْمُونُ هو الْمُفَوْتُ ، فَلَا يُزُولُ الْمَلِكُ عن غَيْرِهِ بِضَمَانِهِ ، كَالوِ قَطْعِ تِسْعِ أَصَابِعَ . وَهَذَا يُفَصِّلُ عما ذَكَرُوهُ ، فَإِنَّ الضَّمَانَ في مُقَابَلَةِ الْمُتْلِفِ ، لَا في مُقَابَلَةِ الْجُمْلَةِ . فَأَمَّا إِنْ ذَهَبَتْ هَذِهِ الْأَعْضَاءُ بِغَيْرِ جِنَايَةٍ ، فَهَلْ يَضْمَنُهَا ضَمَانُ الْإِثْلَافِ ، أَوْ بِمَا نَقَصَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، سَبَقَ ذِكْرُهُمَا .

فصل : وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ الْمَعْصُوبُ ، فَجِنَايَتُهُ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصٌ فِي الْعَبْدِ الْجَانِي ، لَكَوْنِ أَرْضِ الْجِنَايَةِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَى الْغَاصِبِ ، كَسَائِرِ نَقْصِهِ . وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ أَوِ الْمَالَ . وَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنَ النِّقْصِ الَّذِي لَحِقَ الْعَبْدِ . وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، فَجِنَايَتُهُ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْغَاصِبِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا ^(٣٤) مِنْ جُمْلَةِ جِنَايَاتِهِ ، فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَى الْغَاصِبِ ، كَالْجِنَايَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ .

فصل : إِذَا نَقَصَتْ عَيْنُ الْمَعْصُوبِ دُونَ قِيَمَتِهِ ، فَذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الذَّاهِبُ جُزْءًا مُقَدَّرَ الْبَدَلِ ، كَعَبْدٍ خَصَاهُ ، وَزَيْتٍ أَغْلَاهُ ، وَنُقْرَةٍ ضَرَبَهَا دَرَاهِمَ فَتَقَصَّتْ عَيْنُهَا دُونَ قِيَمَتِهَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ ضَمَانُ النِّقْصِ ، فَيَضْمَنُ نَقْصَ الْعَبْدِ بِقِيَمَتِهِ ، وَنَقْصَ الزَّيْتِ وَالنُّقْرَةِ بِمِثْلِهِمَا مَعَ رَدِّ الْبَاقِي مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ النَّاqِصَ مِنَ الْعَيْنِ لَهُ بَدَلٌ مُقَدَّرٌ ، فَلَزِمَهُ مَا تُقَدَّرُ بِهِ ، كَالوِ أَذْهَبَ الْجَمِيعَ . الثَّانِي ، أَنْ لَا يَكُونَ مُقَدَّرًا ، مِثْلُ إِنْ غَصَبَ عَبْدًا ذَا سِمَنِ مُفْرِطٍ ، فَخَفَّ جِسْمُهُ ، وَلَمْ تَنْقُصْ قِيَمَتُهُ ، فَلَا شَيْءَ فِيهِ سِوَى رَدِّهِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِنَّمَا أَوْجَبَ فِي هَذَا مَا نَقَصَ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَلَمْ يُقَدَّرْ بَدَلُهُ ، وَلَمْ تَنْقُصْ الْقِيَمَةُ ، فَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ ، بِخِلَافِ الصُّورَةِ الْأُولَى ؛ فَإِنَّ الذَّاهِبَ مُقَدَّرُ الْبَدَلِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بَدَلُهُ . الثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ النِّقْصُ / فِي مُقَدَّرِ الْبَدَلِ ، لَكِنْ الذَّاهِبُ مِنْهُ أَجْزَاءٌ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ ، كَعَصِيرِ أَغْلَاهُ فَذَهَبَتْ مَائِيَّتُهُ ، وَانْعَقَدَتْ أَجْزَاؤُهُ ، فَتَقَصَّتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيَمَتِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا شَيْءَ فِيهِ ^(٣٥) سِوَى رَدِّهِ ؛ لِأَنَّ النَّارَ إِنَّمَا أَذْهَبَتْ

و ٧/٥

(٣٤) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهُ » .

(٣٥) فِي م : « عَلَيْهِ » .

مَائِيَّتُهُ الَّتِي يَقْصِدُ ذَهَابَهَا ، وَلِهَذَا تَزْدَادُ حَلَاوَتُهُ ، وَتَكْثُرُ قِيَمَتُهُ ، فَلَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا ، كَسِمَنِ الْعَبْدِ الَّذِي يَنْقُصُ قِيَمَتُهُ . وَالثَّانِي ، يَجِبُ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَدَّرُ الْبَدَلِ ، فَأَشْبَهَ الزَّيْتُ إِذَا أُغْلَاهُ . وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ وَالْقِيَمَةُ جَمِيعًا ، وَجَبَ فِي الزَّيْتِ وَشِبْهِهِ ضَمَانُ النَّاقِصِينَ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ مُنْفَرِدًا ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَا ، وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ رَطْلُ زَيْتٍ قِيَمَتُهُ دِرْهَمٌ ، فَأُغْلَاهُ ، فَتَقْصَرُ ثُلُثُهُ ، فَصَارَ قِيَمَةُ الْبَاقِي نِصْفَ دِرْهَمٍ ، فَعَلَيْهِ ثُلُثُ رَطْلٍ وَسُدُسُ دِرْهَمٍ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْبَاقِي ثُلْثَي دِرْهَمٍ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ^(٣٦) مِنْ ثُلْثِ رَطْلٍ ؛ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْبَاقِي لَمْ تَنْقُصْ . وَإِنْ خَصِيَ الْعَبْدُ ، فَتَقْصَرَتْ قِيَمَتُهُ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ^(٣٦) مِنْ ضَمَانِ خُصْيَتَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ فَقَأَ عَيْنَيْهِ . وَهَلْ يَجِبُ فِي الْعَصِيرِ مَا نَقَصَ مِنَ الْقِيَمَةِ ، أَوْ يَكُونُ كَالزَّيْتِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا فَسَمِنَ سِمَنًا نَقَصَتْ بِهِ قِيَمَتُهُ ، أَوْ كَانَ شَابًّا فَصَارَ شَيْخًا ، أَوْ كَانَتْ الْجَارِيَةُ نَاهِدًا فَسَقَطَ ثَدْيَاهَا . وَجَبَ أَرْشُ النِّقْصِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ أَمْرَدَ ، فَتَبَيَّنَتْ لِحْيَتُهُ فَتَقْصَرَتْ قِيَمَتُهُ ، وَجَبَ ضَمَانُ نَقْصِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّ الْفَائِتَ لَا يُقْصَدُ قَصْدًا صَحِيحًا ، فَأَشْبَهَ الصَّنَاعَةَ الْمُحَرَّمَةَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَقَصَ فِي الْقِيَمَةِ بِتَغْيِيرِ^(٣٧) صِفَتِهِ ، فَيُضْمَنُهُ ، كَبَقِيَّةِ الصُّورِ .

فصل : وَإِنْ نَقَصَ الْمُغْصُوبُ نَقْصًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ ، كَطَعَامٍ ابْتَلَّ . وَخِيفَ فَسَادُهُ ، أَوْ عَفِنَ وَخُشِيَ تَلَفُهُ . فَعَلَيْهِ ضَمَانُ نَقْصِهِ . وَهَذَا مِنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ ؛ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ نَقْصَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي^(٣٨) : يَلْزَمُهُ بَدَلُهُ ، لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ قَدْرُ نَقْصِهِ ، وَكُلَّمَا نَقَصَ شَيْئًا ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَنِدُ إِلَى السَّبَبِ الْمَوْجُودِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَكَانَ كَالْمَوْجُودِ فِي يَدِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَتَخَيَّرُ صَاحِبُهُ بَيْنَ أَخْذِ بَدَلِهِ ، وَبَيْنَ تَرْكِهِ حَتَّى يَسْتَقَرَّ فَسَادُهُ ،

(٣٦-٣٦) سقط من : ب .

(٣٧) في ب ، م : « بتغيير » .

(٣٨) في م زيادة : « لا » .

وَيَأْخُذُ أَرْضَ نَقْصِهِ . وقال أبو حنيفة : يتَحَيَّرُ بَيْنَ إِمْسَاكِهِ وَلَا شَيْءَ لَهُ ، أَوْ تَسْلِيمِهِ إِلَى الْغَاصِبِ وَيَأْخُذُ مِنْهُ قِيمَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ضَمِنَ النِّقْصَ لَحَصَلَ لَهُ مِثْلُ كَيْلِهِ وَزِيَادَةُ / ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ قَفِيرًا جَيِّدًا بِقَفِيرٍ رَدِيءٍ وَدِرْهَمٍ . وَلَنَا ، أَنَّ عَيْنَ مَالِهِ بَاقِيَةٌ ، وَإِنَّمَا حَدَثَ فِيهِ نَقْصٌ ، فَوَجِبَ فِيهِ مَا نَقَصَ ، كَمَا لَوْ كَانَ (٣٩) عَبْدًا فَمَرِضٌ . وَقَدْ وَافَقَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ عَلَى هَذَا فِي الْعَفْنِ . وَقَالَ (٤٠) : يَضْمَنُ مَا نَقَصَ ، قَوْلًا وَاحِدًا ، وَلَا يَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ . وَهَذَا الْفَرْقُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْبَلَلَ (٤١) قَدْ يَكُونُ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ أَيْضًا ، وَقَدْ يَكُونُ الْعَفْنُ بِسَبَبٍ مِنْهُ . ثُمَّ إِنْ مَا وَجَدَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، لَوْجُودِهِ فِي يَدِهِ ، فَلَا فَرْقَ . وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا الطَّعَامَ عَيْنُ مَالِهِ ، وَلَيْسَ يَبْدَلُ عَنْهُ . وَقَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ لَا بَأْسَ بِهِ .

٨٦٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ زَرْعُهَا ، فَأَذْرَكَهَا رَبُّهَا وَالزَّرْعُ قَائِمٌ ، كَانَ الزَّرْعُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ ، وَعَلَيْهِ التَّفَقُّةُ ، وَإِنْ اسْتَحِقَّتْ بَعْدَ أَجْزِ الْغَاصِبِ الزَّرْعُ ، فَعَلَيْهِ أَجْرَةُ الْأَرْضِ)

قوله : « فَأَذْرَكَهَا رَبُّهَا » يَعْنِي اسْتَرْجَعَهَا مِنَ الْغَاصِبِ ، أَوْ قَدَّرَ عَلَى أَخْذِهَا مِنْهُ . وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ : « اسْتَحِقَّتْ » . يَعْنِي أَخْذَهَا مُسْتَحِقُّهَا . فَمَتَى كَانَ هَذَا بَعْدَ حَصَادِ الْغَاصِبِ الزَّرْعَ ، فَإِنَّهُ لِلْغَاصِبِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مَالِهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ إِلَى وَقْتِ التَّسْلِيمِ وَضَمَانِ النِّقْصِ . وَلَوْ لَمْ يَزْرَعْهَا ، فَتَقَصَّتْ لِتَرْكِ الزَّرَاعَةِ ، كَأَرْضِي الْبَصْرَةِ ، أَوْ تَقَصَّتْ لَغَيْرِ (١) ذَلِكَ ، ضَمِنَ نَقْصَهَا أَيْضًا ؛ لِمَا قَدَّمْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَخَذَهَا صَاحِبُهَا وَالزَّرْعُ قَائِمٌ فِيهَا ، لَمْ يَمْلِكْ إِجْبَارَ الْغَاصِبِ عَلَى قَلْعِهِ ، وَخَيْرُ الْمَالِكِ بَيْنَ أَنْ يُقَرَّ الزَّرْعُ فِي الْأَرْضِ إِلَى الْحَصَادِ ، وَيَأْخُذَ مِنَ الْغَاصِبِ أَجْرَ

(٣٩) فِي م : « بَاعَ » .

(٤٠) فِي م زِيَادَةٌ : « لَا » .

(٤١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَالُ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « بَغِيرَ » .

الأرض وأُرسَ نَقَصُهَا ، وبين أن يَدْفَعَ إليه نَفَقَتَهُ ويكونَ الزَّرْعُ له . وبهذا قال أبو عُبَيْدٍ . وقال أَكْثَرُ الفُقَهَاءِ : يَمْلِكُ إجْبَارَ الغَاصِبِ على قَلْعِهِ ، والحَكْمُ فيه كالغَرَسِ سواء ، لقوله عليه السَّلَامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » ^(٢) . ولأنَّه زَرَعَ في أرضٍ غَيْرِهِ ظُلْمًا ، أشَبَهَ الغِرَاسَ . ولنا ، ما رَوَى رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ زَرَعَ في أرضٍ قومٍ بغيرِ إِذْنِهِمْ ، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(٣) ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . فيه دَلِيلٌ على أَنَّ الغَاصِبَ لَا يُجْبَرُ على قَلْعِهِ ؛ لأنَّه مِلْكٌ لِلْمَغْصُوبِ منه . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَأَى زَرْعًا في أرضٍ ظُهَيْرٍ ^(٤) ، فَأَعْجَبَهُ ، فَقَالَ : « مَا أَحْسَنَ زَرْعَ ظُهَيْرٍ » . فقال : إِنَّهُ لَيْسَ لظُهَيْرٍ ، وَلَكِنَّهُ لِفُلَانٍ . قال : « فَخُذُوا زَرْعَكُمْ ، وَرُدُّوا عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ » . / قال رَافِعٌ : فَأَخَذْنَا زَرْعَنَا ، وَرَدَدْنَا عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ ^(٥) . ولأنَّه أَمَكَنَ رَدُّ الْمَغْصُوبِ إلى مالِكِهِ من غيرِ إِثْلَافٍ مالِ الغَاصِبِ ، على قُرْبٍ من الزَّمانِ ، فلم يَجْزِ إِثْلَافُهُ ، كما لو غَصَبَ سَفِينَةً ، فَحَمَلَ فيها مَالَهُ . وَأَدْخَلَهَا الْبَحْرَ ، أَوْ غَصَبَ لَوْحًا . فَرَقَعَ به سَفِينَةً ، فَإِنَّهُ لَا يُجْبَرُ على رَدِّ الْمَغْصُوبِ في اللَّجَّةِ ، وَيُنْتَظَرُ حتَّى تُرْسَى ، صِيَانَةً لِلْمَالِ عَنِ التَّلَافِ . كَذَا هُنَا . ولأنَّه زَرَعَ حَصَلَ في مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فلم يُجْبَرُ على قَلْعِهِ على وَجْهِ يَضُرُّ به . كما لو كانتِ الأَرْضُ مُسْتَعَارَةً أَوْ مَشْفُوعَةً . وفَارَقَ الشَّجَرَ وَالتَّحْلَ ؛ لِأَنَّ مَدَّتَهُ تَتَطَاوَلُ ، وَلَا يُعْلَمُ متى يَنْقَطِعُ مِنَ الأَرْضِ ، فإِنِّيظَارُهُ يُؤَدِّي إلى تَرْكِ رَدِّ الأَصْلِ بالكُلِّيَّةِ . وَحَدِيثُهُمْ وَرَدَّ في الغَرَسِ ، وَحَدِيثُنَا في الزَّرْعِ ، فَيُجْمَعُ بينَ الْحَدِيثَيْنِ ، وَيُعْمَلُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في مَوْضِعِهِ . وَذَلِكَ أَوَّلَى مِنْ إِبْطَالِ أَحَدِهِمَا . إِذَا

٨/٥ و

(٢) تقدم تخرجه في : ٦ / ٥٥٨ .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذ ٦ / ١٢٥ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٤٦٥ .

(٤) في م هنا وفيما يأتي : « ظهير » .

(٥) أخرجه أبو داود ، في : باب في التشديد في ذلك [المزارعة] ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٣ ، ٢٣٤ .

ثبت هذا ، فمتى رَضِيَ المَالِكُ بِتَرْكِ الزَّرْعِ للغاصِبِ . وياخذُ منه أَجْرَ الأرضِ . فله ذلك ؛ لأنه شَغَلَ المَغْصُوبَ بِمالِهِ ، فَمَلَكَ صاحِبُهُ أَخْذَ أَجْرِهِ ، كما لو تَرَكَ في الدَّارِ طَعَامًا أو أَحْجَارًا يَحْتَاجُ في نَقْلِهِ إلى مُدَّةٍ . وإن أَحَبَّ أَخْذَ الزَّرْعِ ، فله ذلك ، كما يَسْتَحِقُّ الشُّفِيعُ أَخْذَ شَجَرِ المُشْتَرَى بِقِيَمَتِهِ . وفيما يُرَدُّ على الغاصِبِ روايتان ؛ إحداهما ، قِيَمَةُ^(٦) الزَّرْعِ ؛ لأنه بَدَلٌ عن الزَّرْعِ . فيَقْدَرُ بِقِيَمَتِهِ ، كما لو أَتْلَفَهُ . ولأنَّ الزَّرْعَ للغاصِبِ إلى حينِ انْتِزاعِ المَالِكِ له منه ، بدليلِ أَنَّهُ لو أَخَذَهُ قَبْلَ انْتِزاعِ المَالِكِ له ، كان مِلْكًا له . ولو لم يَكُنْ مِلْكًا له لَمَّا مَلَكَهُ بِأَخْذِهِ . فيكونُ أَخْذُ المَالِكِ له تَمْلُكًا له ، إلاَّ أنْ يُعَوِّضَهُ ، فيَجِبُ أنْ يَكُونَ بِقِيَمَتِهِ ، كما لو أَخَذَ الشُّفِيعَ^(٧) المَشْفُوعَ . وَيَجِبُ على الغاصِبِ أَجْرُ الأرضِ إلى حينِ تَسْلِيمِ الزَّرْعِ ؛ لأنَّ الزَّرْعَ كانَ مَحْكَومًا له به ، وقد شَغَلَ به أرضَ غَيْرِهِ . والروايةُ الثانيةُ ، أَنَّهُ يُرَدُّ على الغاصِبِ ما أَتَّفَقَ مِنَ البَذْرِ^(٨) ، ومُؤْنَةُ الزَّرْعِ في الحَرْثِ والسَّقْيِ ، وغيرِهِ . وهذا الذي ذَكَرَهُ القاضِي . وهو^(٩) ظَاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، وظَاهِرُ الحَدِيثِ ، لقَوْلِهِ عليه السَّلَامُ : « عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » . وقِيَمَةُ الشَّيْءِ لَا تُسَمَّى نَفَقَةً له . والحَدِيثُ مَبْنِيٌّ على هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ فَإِنْ أَحْمَدُ إِنَّمَا ذَهَبَ إلى هَذَا الْحُكْمِ^(٧) اسْتِحْسانًا ، على خِلَافِ القِيَّاسِ ، فَإِنَّ القِيَّاسَ أَنَّ الزَّرْعَ لِصَاحِبِ البَذْرِ^(٨) ؛ لأنه نَمَاءٌ عَيْنِ مالِهِ ، فَأَشْبَهَ ما لو غَصَبَ دَجَاجَةً فَحَضَنْتْ بَيْضًا له . أو طَعَامًا فَعَلَفَهُ دَوَابًّا له ، كانَ / النَّمَاءُ له . وقد صَرَّحَ بِهِ أَحْمَدُ ، فقال : هَذَا شَيْءٌ لَا يُؤَافِقُ القِيَّاسَ ، اسْتَحْسِنُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ نَفَقَتُهُ ؛ لِلأَثَرِ . ولذلك جَعَلْنَاهُ لِلْغَاصِبِ إِذَا اسْتَحَقَّتِ الأرضُ بَعْدَ أَخْذِ الغاصِبِ له ، وَإِذَا كانَ الْعَمَلُ بِالْحَدِيثِ ، فيَجِبُ أَنْ يَتَّبَعَ مَذْلُومُهُ .

٨/٥ ظ

(٦) في م : فيه .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في ب ، م : : البذرة .

(٩) في الأصل ، م : : وهذا .

فصل : فإن كان الزرع مما يتقى أصوله في الأرض ، ويُجزّ مرة بعد أخرى كالرطوبة والتعناع ، احتمل أن يكون حكمه ^(١٠) ما ذكرنا ؛ لدخوله في عموم الزرع ، لأنه ليس له فرع قوي ، فأشبه الحنطة والشعير . واحتمل أن يكون حكمه ^(١١) حكم العرس ؛ لبقاء أصله ^(١٢) وتكرّر أخذه ، ولأن القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم العرس ، وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر ، ففيما عداه يتقى على قضية القياس .

فصل : وإن غصب أرضاً فعرسها فثمرت ، فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها ، فهي له . وإن أدركها والثمره فيها ، فكذلك ؛ لأنها ثمرة شجره ، فكانت له ، كما لو كانت في أرضه ، ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب ، فكان له ، كأغصانها وورقها . ولين الشاة وولدها . وقال القاضي : هي لمالك الأرض إن أدركها في الغراس ؛ لأن أحمد قال ، في رواية علي بن سعيد : إذا غصب أرضاً فعرسها ، فالنماء لمالك الأرض . قال القاضي : وعليه من الثقة ما أنفق الغارس من مؤنة الثمرة ؛ لأن الثمرة في معنى الزرع فكانت ^(١٣) لصاحب الأرض إذا أدركه قائماً فيها ، كالزرع . والأول أصح ؛ لأن أحمد قد صرح بأن أخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس ، وإنما صار إليه للأثر ، فيختص الحكم به ، ولا يعدى إلى غيره ، ولأن الثمرة تفارق الزرع من وجهين ؛ أحدهما ، أن الزرع نماء الأرض ، فكان لصاحبها ، والثمرة نماء الشجر . فكان لصاحبه . الثاني ، أنه يراد عوض الزرع الذي ^(١٤) أخذه ، مثل البذر الذي نبت منه الزرع ، مع ما أنفق عليه ، ولا يملكه مثل ذلك في الثمر .

فصل : وإن غصب شجراً فثمر ، فالثمر لصاحب الشجر . بغير خلاف نعلمه ؛ لأنه نماء ملكه ، ولأن الشجر عين ملكه نما و زاد ، فأشبه ما لو طالت أغصانه . وعليه

(١٠-١١) سقط من : ب . نقلة نظر .

(١١) في م : « أصوله » .

(١٢) في ب ، م : « فكان » .

(١٣) في الأصل : « إذا » .

رَدُّ الثَّمَرِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَإِنْ كَانَ ثَالِفًا فَعَلَيْهِ بَدَلُهُ . وَإِنْ كَانَ رُطْبًا فَصَارَ ثَمَرًا ، أَوْ عِنَبًا فَصَارَ زَيْبِيًا ، فَعَلَيْهِ رَدُّهُ وَأَرْضُ ثَقْصِهِ إِنْ نَقَصَ ، وَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ بِعَمَلِهِ فِيهِ ، وَلَيْسَ /لِلشَّجَرِ أُجْرَةٌ ؛ لِأَنَّ أُجْرَتَهَا لَا تَجُوزُ فِي الْعُقُودِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْعَصَبِ ، وَلِأَنَّ نَفْعَ الشَّجَرِ تَرْبِيَةُ الثَّمَرِ وَإِخْرَاجُهُ ، وَقَدْ عَادَتْ هَذِهِ الْمَنَافِعُ إِلَى الْمَالِكِ . وَلَوْ كَانَتْ مَاشِيَةً ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُ وَلَدِّهَا إِنْ وَلَدَتْ عِنْدَهُ ، وَيُضْمَنُ لَبَنُهَا بِمِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَيُضْمَنُ أَوْبَارُهَا وَأَشْعَارُهَا بِمِثْلِهِ ، كَالْقَطْنِ .

فصل : وَإِذَا غَصَبَ أَرْضًا ، فَحُكْمُهَا فِي جَوَازِ دُخُولِ غَيْرِهِ إِلَيْهَا حُكْمُهَا ^(١٤) قَبْلَ الْعَصَبِ . فَإِنْ كَانَتْ مُحَوَّطَةً ، كَالدَّارِ وَالْبُسْتَانِ الْمُحَوَّطِ ، لَمْ يَجُزْ لْغَيْرِ مَالِكِهَا دُخُولُهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَ مَالِكِهَا لَمْ يَزَلْ عَنْهَا ، فَلَمْ يَجُزْ دُخُولُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي الضَّيْعَةِ تَصْيِيرُ غَيْضَةٍ فِيهَا سَمَكٌ : لَا يَصِيدُ فِيهَا أَحَدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ . وَإِنْ كَانَتْ صَحْرَاءَ ، جَازَ الدُّخُولُ فِيهَا وَرَعَى حَشِيشِهَا . قَالَ أَحْمَدُ : لَا بَأْسَ بِرَعْيِ الْكَلَاءِ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْكَلَاءَ لَا يُمْلِكُ بِمِلْكِ الْأَرْضِ . وَيَتَخَرَّجُ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الصُّورَتَيْنِ مِثْلُ حُكْمِ الْأُخْرَى . قِيَاسًا لَهَا عَلَيْهَا . وَنَقَلَ عَنْهُ الْمُرُوذِيُّ ، فِي رَجُلٍ وَالِدَاهُ فِي دَارٍ طَوَائِقُهَا غَصَبٌ . لَا يَدْخُلُ عَلَى وَالِدَيْهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ دُخُولَهُ عَلَيْهَا تَصَرُّفٌ فِي الطَّوَائِقِ الْمَغْصُوبَةِ . وَنَقَلَ عَنْهُ الْفَضْلُ بْنُ عَبْدِ الصَّمَدِ ^(١٥) ، فِي رَجُلٍ لَهُ إِخْوَةٌ فِي أَرْضٍ غَصَبَ : يَزُورُهُمْ وَيُرَاوِدُهُمْ عَلَى الْخُرُوجِ ، فَإِنْ أَجَابُوهُ ، وَإِلَّا لَمْ يُقَمِّمْ مَعَهُمْ ، وَلَا يَدْعُو زِيَارَتَهُمْ . يَعْنِي يَزُورُهُمْ بِحَيْثُ يَأْتِي بَابَ دَارِهِمْ ، وَيَتَعَرَّفُ أَخْبَارَهُمْ ، وَيُسَلِّمُ عَلَيْهِمْ ، وَيُكَلِّمُهُمْ ، وَلَا يَدْخُلُ إِلَيْهِمْ . وَنَقَلَ الْمُرُوذِيُّ عَنْهُ : أَكْرَهُ الْمَشْيَ عَلَى الْعَبَّارَةِ الَّتِي يَجْرِي فِيهَا الْمَاءُ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَبَّارَةَ وَضِعَتْ لِعُبُورِ الْمَاءِ ، لَا لِلْمَشْيِ عَلَيْهَا ، وَرَبَّمَا كَانَ الْمَشْيُ عَلَيْهَا يَضُرُّهَا . وَقَالَ أَحْمَدُ : لَا يَدْخُلُ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ ؛ لِمَا فِي

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « حَكَمَ مَا » .

(١٥) أَبُو بَحْيٍ الْفَضْلُ بْنُ عَبْدِ الصَّمَدِ الْأَصْفَهَانِي ، رَجُلٌ جَلِيلٌ ، عَنْهُ جُزْءٌ مِنْ مَسَائِلِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، لَزِمَ طَرَسُوسَ ، وَمَاتَ فِي الْأَمْرِ بَعْدَ سَنَةِ إِحْدَى وَسَبْعِينَ وَمِائَتَيْنِ . طَبَقَاتُ الْحَنَابِلَةِ ١ / ٢٥٤ .

ذلك من التَّصَرُّفِ في أَرْضِهِمْ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . وقال أحمدُ ، في مَنْ ابْتِغَاءَ طَعَامًا مِنْ مَوْضِعٍ غَصَبٍ ، ثُمَّ عَلِمَ : رَجَعَ إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ ، فَرَدَّهُ . وَرَوَى عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : يَطْرُقُ . يَعْنِي عَلَى مَنْ ابْتِغَاءَهُ مِنْهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَعُودَهُ فِيهِ حَرَامٌ ، مِنْهُيٌّ عَنْهُ ، فَكَانَ الْبَيْعُ فِيهِ مُحَرَّمًا ، وَلِأَنَّ الشِّرَاءَ مِمَّنْ يَقْعُدُ فِي الْمَوْضِعِ الْمُحَرَّمِ يَحْمِلُهُمْ عَلَى الْقَعُودِ وَالْبَيْعِ فِيهِ ، وَتَرْكُ الشِّرَاءِ مِنْهُمْ ^(١٦) يَمْنَعُهُمْ مِنْ ^(١٧) الْقَعُودِ . وقال : لَا يَتَنَاقُ مِنَ الْخَانَاتِ الَّتِي فِي الطَّرِيقِ ، إِلَّا أَنْ لَا يَجِدَ غَيْرَهُ . كَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُضْطَرِّ . وقال في السُّلْطَانِ إِذَا بَنَى دَارًا ، وَجَمَعَ النَّاسَ إِلَيْهَا : أَمَرَهُ الشِّرَاءَ مِنْهَا . وَهَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى سَبِيلِ الْوَرَعِ ، لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِعَانَةِ عَلَى الْفِعْلِ الْمُحَرَّمِ ، وَالظَّاهِرُ صِحَّةُ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَحَّتِ الصَّلَاةُ فِي الدَّارِ الْمَغْصُوبَةِ ، فِي رِوَايَةٍ ، وَهِيَ عِبَادَةٌ ، فَمَا لَيْسَ بِعِبَادَةٍ أَوْلَى . وقال في مَنْ غَصَبَ ضَيْعَةً ، وَغُصِبَتْ مِنَ الْغَاصِبِ ، فَأَرَادَ الثَّانِي رَدَّهَا : جَمَعَ بَيْنَهُمَا . يَعْنِي بَيْنَ مَالِكِهَا وَالْغَاصِبِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ مَاتَ بَعْضُهُمْ ، جَمَعَ وَرَثَتُهُ . إِنَّمَا قَالَ هَذَا اخْتِيَاطًا ، خَوْفَ التَّبَعَةِ مِنَ الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا طَالَبَ بِهَا ، وَادَّعَاهَا مُلْكًا بِالْيَدِ ، وَإِلَّا فَالْوَاجِبُ رَدُّهَا عَلَى مَالِكِهَا . وَقَدْ صَرَّحَ بِهَذَا فِي رِوَايَةِ عِيدِ اللَّهِ ، فِي رَجُلٍ اسْتَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفًا ، فَجَاءَ رَجُلٌ إِلَى الْمُسْتَوْدِعِ ، فَقَالَ : إِنْ فُلَانًا غَصَبَنِي الْأَلْفَ الَّذِي اسْتَوْدَعَكَهُ . وَصَحَّ ذَلِكَ عِنْدَ الْمُسْتَوْدِعِ ، فَإِنْ لَمْ يَخَفِ التَّبَعَةَ ، وَهُوَ أَنْ يَرْجِعُوا بِهِ عَلَيْهِ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ .

٨٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا ، أَوْ أَمَةً ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، فَرَادَ فِي يَدِهِ ، أَوْ بَعْلَمَ ، حَتَّى صَارَتْ قِيمَتُهُ مِائَتَيْنِ ، ثُمَّ نَقَصَ بِنَقْصَانِ يَدِهِ ، أَوْ نِسْيَانِ مَا عَلِمَ ، حَتَّى صَارَتْ قِيمَتُهُ مِائَةً ، أَخَذَهُ السَّيِّدُ ، وَأَخَذَ مِنَ الْغَاصِبِ مِائَةً)

وهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة ، وَمَالِكٌ : لَا يَجِبُ عَلَيْهِ عَوْضُ الزِّيَادَةِ ، إِلَّا أَنْ

(١٦-١٧) في ب ، م : (يَمْنَعُ) .

يُطَالِبُ بِرَدِّهَا زَائِدَةً ، فَلَا يَرُدُّهَا ؛ لِأَنَّهُ رَدَّ الْعَيْنَ كَمَا أَخَذَهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْ نَقْصَ قِيَمَتِهَا ، كَنَقْصِ سِغَرِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ فِي نَفْسِ الْمَغْصُوبِ ، فَلَزِمَ الْعَاصِبُ ضَمَانَهَا ، كَالْوِطَالِبِ بِرَدِّهَا فَلَمْ يَفْعَلْ . وَفَارَقَ زِيَادَةَ السَّعْرِ ، فَإِنَّهَا^(١) لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةً حَالَ الْعَصَبِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَالصَّنَاعَةُ إِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ عَيْنِ الْمَغْصُوبِ ، فَهِيَ صِفَةٌ فِيهِ ، وَلِذَلِكَ يَضْمَنْهَا إِذَا طُولِبَ بِرَدِّ الْعَيْنِ^(٢) وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فَلَمْ يَرُدِّهَا^(٣) ، وَأُجْرِيَتْهَا هِيَ وَالتَّلْعُمُ مُجْرَى السَّمَنِ الَّذِي هُوَ عَيْنٌ ؛ لِأَنَّهَا صِفَةٌ تَتَّبِعُ الْعَيْنَ ، وَأُجْرِيَتْ الزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ مُجْرَى الزِّيَادَةِ الْمَوْجُودَةِ حَالَ الْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ فِي الْعَيْنِ الْمَمْلُوكَةِ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ ، فَتَكُونُ مَمْلُوكَةً لَهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْعَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ غَضِبَ الْعَيْنَ سَمِينَةً ، أَوْ ذَاتَ صِنَاعَةٍ ، أَوْ تَعَلَّمَ الْقُرْآنَ وَنَحْوَهُ ، فَهَزَلَتْ وَنَسِيَتْ فَتَقْصُصُ قِيَمَتَهَا ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُ نَقْصِهَا . لَا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهَا تَقْصُصَتْ عَنْ حَالِ غَضَبِهَا نَقْصًا أَثَرٌ فِي قِيَمَتِهَا ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ^(٤) ، كَمَا لَوْ أَذْهَبَ عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهَا .

فصل : إِذَا غَضِبَهَا وَقِيَمَتُهَا مِائَةٌ / فَسَمِينَتْ ، فَبَلَّغَتْ قِيَمَتَهَا أَلْفًا ، ثُمَّ تَعَلَّمَتْ صِنَاعَةً ،^(١) فَبَلَّغَتْ أَلْفَيْنِ ، ثُمَّ هَزَلَتْ وَنَسِيَتْ ، فَعَادَتْ قِيَمَتُهَا إِلَى مِائَةٍ ، رَدَّهَا وَرَدَّ أَلْفًا وَتَسْعَمَائَةٍ . وَإِنْ بَلَّغَتْ بِالسَّمَنِ أَلْفًا ، ثُمَّ هَزَلَتْ فَبَلَّغَتْ مِائَةً ، ثُمَّ تَعَلَّمَتْ فَبَلَّغَتْ أَلْفًا ، ثُمَّ نَسِيَتْ فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، رَدَّهَا وَرَدَّ أَلْفًا وَتِسْعَمَائَةٍ ؛ لِأَنَّهَا تَقْصُصَتْ بِالْهَزَالِ تَسْعَمَائَةٍ ، وَبِالنَّسْيَانِ تَسْعَمَائَةٍ . وَإِنْ سَمِينَتْ فَبَلَّغَتْ أَلْفًا ، ثُمَّ هَزَلَتْ فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، ثُمَّ تَعَلَّمَتْ فَعَادَتْ إِلَى أَلْفٍ ، رَدَّهَا وَتَسْعَمَائَةٍ ؛ لِأَنَّ زَوَالَ الزِّيَادَةِ الْأُولَى أَوْجَبَ الضَّمَانَ ، ثُمَّ حَدَثَتْ زِيَادَةٌ أُخْرَى مِنْ وَجْهِ آخَرَ عَلَى مِلْكِ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ ، فَلَا يَنْجَبِرُ مِلْكُ الْإِنْسَانِ بِمِلْكِهِ . وَأَمَّا إِذَا بَلَّغَتْ بِالسَّمَنِ أَلْفًا ، ثُمَّ هَزَلَتْ فَعَادَتْ إِلَى مِائَةٍ ، ثُمَّ

١٠/٥

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهَا » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي ب ، م : « ضَمَانَهَا » .

(٤-٤) مَكَانَ هَذَا فِي الْأَصْلِ : « فَتَلَفَتِ الْعَيْنَ » .

سَمِنَتْ فعَادَتْ إلى الْإِلفِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، يَرُدُّهَا زَائِدَةً ، وَيَضْمَنُ نَقْصَ الزِّيَادَةِ الْأُولَى ، كَالْوَكَاةِ مِنْ جِنْسَيْنِ ، فَإِنَّ مَلِكَ الْإِنْسَانِ لَا يَنْجَبِرُ بِمَلِكِهِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ الثَّانِيَةَ غَيْرُ الْأُولَى . فعلى هذا إِنْ هَزَلَتْ مَرَّةً ثَانِيَةً ، فعَادَتْ إلى مَائَةٍ ، ضَمِنَ التَّقْصِينَ بِالْإِلفِ وَثَمَانِمِائَةٍ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا رَدَّهَا سَمِينَةً ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ مَا ذَهَبَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَمْ يَرْضَ فَتَقَصَّتْ ، ثُمَّ عُرِفَتْ ، أَوْ نَسِيَتْ صِنَاعَةً ثُمَّ تَعَلَّمَتْهَا ، أَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ ثُمَّ عَادَ . وَفَارَقَ مَا إِذَا زَادَتْ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يُعَدَّ مَا ذَهَبَ . وَهَذَا الْوَجْهُ ، أَقْبَسُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ شَوَاهِدِهِ . فعلى هذا لَوْ سَمِنَتْ بَعْدَ الْهُزَالِ ، ^(٥) «لَمْ تَبْلُغْ» قِيَمَتُهَا إِلَى مَا بَلَغَتْ فِي السَّمَنِ الْأَوَّلِ ، أَوْ زَادَتْ عَلَيْهِ ، ضَمِنَ أَكْثَرَ الزِّيَادَتَيْنِ ، وَتَدَخَّلَ الْأُخْرَى فِيهَا . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَضْمَنُهُمَا جَمِيعًا . فَأَمَّا إِنْ زَادَتْ بِالتَّعْلِيمِ أَوْ الصَّنَاعَةِ ، ثُمَّ نَسِيَتْ ، ثُمَّ تَعَلَّمَتْ مَا نَسِيَتْهُ ، فعَادَتْ الْقِيَمَةُ الْأُولَى ، لَمْ يَضْمَنْ التَّقْصُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ الثَّانِي هُوَ الْأَوَّلُ ، فَقَدْ عَادَ مَا ذَهَبَ . وَإِنْ تَعَلَّمَتْ ^(٦) عِلْمًا آخَرَ ، أَوْ صِنَاعَةً أُخْرَى ، فَهُوَ كَعَوْدِ السَّمَنِ ، فِيهِ وَجْهَانِ . ذَكَرَ هَذَا الْقَاضِي ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَتَى زَادَتْ ، ثُمَّ تَقَصَّتْ ، ثُمَّ زَادَتْ مِثْلَ الزِّيَادَةِ الْأُولَى ، فَفِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ، سِوَاءَ كَانَا مِنْ جِنْسٍ كَالسَّمَنِ مَرَّتَيْنِ ، أَوْ مِنْ جِنْسَيْنِ كَالسَّمَنِ وَالتَّعْلِيمِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

فصل : وَإِنْ مَرِضَ الْمَغْصُوبُ ثُمَّ بَرَأَ ، أَوْ ابْيَضَّتْ عَيْنُهُ ثُمَّ ذَهَبَ بَيَاضُهَا ، أَوْ غَصَبَ جَارِيَةً حَسَنَاءَ فَسَمِنَتْ سِمْنًا نَقَصَهَا ، ثُمَّ خَفَّ سِمْنُهَا فعَادَ / حُسْنُهَا وَقِيَمَتُهَا رَدَّهَا وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ مَالُهُ قِيَمَةً ، وَالْعَيْبُ الَّذِي أَوْجَبَ الضَّمَانَ زَالَ فِي يَدَيْهِ . كَذَلِكَ لَوْ حَمَلَتْ فَتَقَصَّتْ ، ثُمَّ وَضَعَتْ فَزَالَ نَقْصُهَا ، لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا . فَإِنْ رَدَّ الْمَغْصُوبَ نَاقِصًا بِمَرَضٍ ، أَوْ عَيْبٍ ، أَوْ سِمَنِ مُفْرِطٍ ، أَوْ حَمَلٍ ، فعَلَيْهِ أَرْضُ نُقْصِهِ ، فَإِنْ زَالَ عَيْنُهُ فِي يَدَيْ مَالِكِهِ ، لَمْ يَلْزَمَهُ رَدُّ مَا أَخَذَ مِنْ أَرْضِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ ضَمَانُهُ بِرَدِّ ^(٧)

(٥-٥) فِي : « وَبَلَغَتْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « تَعْلَمَ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بَرَدَهُ » .

المَعْصُوبِ . وكذلك إنْ أَخَذَ المَعْصُوبَ دُونَ أَرْضِهِ ، ثم زَالَ العَيْبُ قَبْلَ أَخْذِ أَرْضِهِ ، لم يَسْقُطْ ضَمَانُهُ ؛ لذلك .

فصل : زَوَائِدُ العَصَبِ فِي يَدِ الغَاصِبِ مَضمُونَةٌ ضَمَانُ العَصَبِ ، مثل السَّمَنِ ، وَتَعْلِيمُ الصَّنَاعَةِ^(٨) ، وغيرها ، وَثَمَرَةُ الشَّجَرَةِ^(٩) ، وَوَلَدُ الحَيَوَانِ ، متى تَلَفَ شَيْءٌ مِنْهُ فِي يَدِ الغَاصِبِ ضَمِنَهُ ، سواءً تَلَفَ مُنفَرِّدًا ، أَوْ تَلَفَ مَعَ أَصْلِهِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ ، ومَالِكٌ : لَا يَجِبُ ضَمَانُ زَوَائِدِ العَصَبِ ، إِلَّا أَنْ يُطَالَ بِهَا فَيَمْتَنِعُ مِنْ أَذَائِهَا ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَعْصُوبَةٍ ، فَلَا يَجِبُ ضَمَانُهَا ، كَالْوَدِيعَةِ ، وَدَلِيلُ عَدَمِ العَصَبِ أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، وَثُبُوتُ يَدِهِ عَلَى هَذِهِ الزَّوَائِدِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ اتَّبَنَى عَلَى وُجُودِ الزَّوَائِدِ فِي يَدِهِ ، وَوُجُودُهَا لَيْسَ بِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالُ المَعْصُوبِ مِنْهُ ، حَصَلَ فِي^(١٠) يَدِ الغَاصِبِ^(١١) بِالْعَصَبِ ، فَيَضْمَنُهُ بِالتَّلَفِ ، كَالْأَصْلِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ إِبْتِاثَ يَدِهِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ بِإِمْسَاكِ الْأُمِّ تَسَبَّبَ إِلَى إِبْتِاثِ يَدِهِ عَلَى هَذِهِ الزَّوَائِدِ ، وَإِبْتِاثُ يَدِهِ عَلَى الْأُمِّ مَحْظُورٌ .

فصل : وليس على الغَاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِ القِيَمَةِ الحَاصِلِ بِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي ثَوْرٍ ، أَنَّهُ يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ ، فَيَلْزَمُهُ إِذَا رَدَّهَا ، كَالسَّمَنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَدَّ الْعَيْنَ بِحَالِهَا ، لَمْ يَنْقُصْ مِنْهَا عَيْنٌ وَلَا صِفَةٌ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَنْقُصْ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ يَضْمَنُهَا مَعَ تَلَفِ الْعَيْنِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا فَلَا تُهَرِّجُ قِيَمَةُ الْعَيْنِ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ قِيَمَتُهَا ، فَدَخَلَتْ فِي التَّقْوِيمِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهَا ؛ فَإِنَّ القِيَمَةَ لَا تَجِبُ ، وَيُخَالِفُ السَّمَنِ ، فَإِنَّهُ مِنْ عَيْنِ المَعْصُوبِ ، وَالْعِلْمُ بِالصَّنَاعَةِ صِفَةٌ فِيهَا ، وَهِيَ لَمْ تَذْهَبْ عَيْنٌ وَلَا صِفَةٌ ؛ وَلِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ فِي القِيَمَةِ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي الْعَيْنِ ، وَهِيَ بَاقِيَةٌ كُلُّهَا كَمَا

(٨) فِي الْأَصْلِ : « الصَّنعة » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « الشَّجَر » .

(١٠-١١) فِي ب ، م : « يَدِهِ » .

كانت ، ولأنَّ الغاصِبَ يَضْمَنُ ما غَصَبَ ، والقيمة لا تَدْخُلُ في الغَصَبِ ، بِخِلَافِ زِيَادَةِ العَيْنِ ، فَإِنَّهَا مَعْصُوبَةٌ وَقَدْ ذَهَبَتْ .

١١/٥ / فصل : ولو غَصَبَ شَيْئًا فَشَقَّهُ نِصْفَيْنِ ، وكان ثَوْبًا يَنْقُصُهُ الْقَطْعُ ، رَدُّهُ وَأَرْشُ نَقْصِهِ ، فَإِنْ تَلَفَ أَحَدُ النِّصْفَيْنِ ، رَدَّ الْبَاقِيَ وَقيمة التَّالِفِ ، ^(١١) وَأَرْشُ النَّقْصِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْقُصْهُ الْقَطْعُ ، رَدَّ الْبَاقِيَ وَقيمة التَّالِفِ ^(١٢) لَا غَيْرَ . وَإِنْ كَانَا بَاقِيَيْنِ ^(١٣) ، رَدَّهُمَا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ سِوَى ذَلِكَ . وَإِنْ غَصَبَ شَيْئَيْنِ يَنْقُصُهُمَا التَّفْرِيقُ ، كَزَوْجَي خُفٍّ ، وَمِصْرَاعَي بَابٍ ، فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا ، رَدَّ الْبَاقِيَ ، وَقيمة التَّالِفِ وَأَرْشُ نَقْصِهِمَا . فَإِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُمَا سِتَّةَ دَرَاهِمَ ، فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا ، فَصَارَتْ قِيمَةُ الْبَاقِيَ دَرَاهِمَيْنِ ، رَدَّ الْبَاقِيَ وَأَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ ^(١٤) لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا قِيمَةُ التَّالِفِ مَعَ رَدِّ الْبَاقِيَ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَلَفْ غَيْرُهُ ، وَلِأَنَّهُ نَقَصَ الْبَاقِيَ نَقْصَ قِيمَةٍ ، فَلَا يَضْمَنُهُ ، كَالنَّقْصِ بِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ حَصَلَ بِجِنَائَتِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ ، كَشَقِّ الثَّوْبِ الَّذِي يَنْقُصُهُ الشَّقُّ إِذَا أُتْلِفَ أَحَدُ شِقِّيهِ ، بِخِلَافِ نَقْصِ السَّعَرِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ مِنَ الْمَعْصُوبِ عَيْنٌ وَلَا مَعْنَى ، وَهَهُنَا قُوَّةٌ مَعْنَى ، وَهُوَ إِمَّا كَانَ الْإِتِّفَاعُ بِهِ ، وَهَذَا هُوَ الْمَوْجِبُ لِنَقْصِ قِيمَتِهِ ، وَهُوَ حَاصِلٌ مِنْ جِهَةِ الْغَاصِبِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَهُ ، كَمَا لَوْ قُوَّتْ بَصَرُهُ أَوْ سَمْعُهُ أَوْ عَقْلُهُ ، أَوْ فَلَكَ تَرْكِيبُ بَابٍ وَنَحْوِهِ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا ، فَلَبِسَهُ فَأَبْلَاهُ ، فَتَقْصَرُ نِصْفَ قِيمَتِهِ ، ثُمَّ غَلَّتِ الثِّيَابُ ، فَعَادَتْ لِذَلِكَ قِيمَتُهُ ، كَمَا كَانَتْ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ وَأَرْشُ نَقْصِهِ ، فَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ ، فَتَقْصَرُ لَبْسُهُ حَتَّى صَارَتْ قِيمَتُهُ خَمْسَةً ، ثُمَّ زَادَتْ قِيمَتُهُ فَصَارَتْ عَشْرَةً ، رَدُّهُ وَرَدَّ خَمْسَةً ؛ لِأَنَّ مَا تَلَفَ قَبْلَ غَلَاءِ الثَّوْبِ ثَبَّتَتْ قِيمَتُهُ فِي الدِّمَةِ خَمْسَةً ، فَلَا يُعْتَبَرُ ^(١٥) ذَلِكَ

(١١-١١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٢) في الأصل : « ناقصين » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في الأصل : « يتعين » .

بِغَلَاءِ الثَّوبِ وَلَا رُحْصِهِ ، وكذلك لو رُحِصَتِ الثِّيَابُ ، فَصَارَتْ قِيمَتُهَا^(١٥) ثَلَاثَةً ، لم يَلْزَمِ الغَاصِبَ إِلَّا خَمْسَةً ، مع رَدِّ الثَّوبِ . ولو تَلَفَ الثَّوبُ كُلُّهُ ، وَقِيمَتُهُ عَشْرَةٌ ، ثم غَلَبَتِ الثِّيَابُ فَصَارَتْ قِيمَةُ الثَّوبِ عِشْرِينَ ، لم يَضْمَنْ إِلَّا عَشْرَةً ؛ لِأَنَّهَا ثَبَّتَتْ فِي الذِّمَّةِ عَشْرَةً ، فلا تَزْدَادُ بِغَلَاءِ الثِّيَابِ ، ولا تُنْقُصُ بِرُحْصِهَا .

فصل : وإن غَصَبَ ثَوْبًا أو زولياً^(١٦) ، فَذَهَبَ بَعْضُ أَجْزَائِهِ ، كَحَمْلِ الْمِنْشَقَةِ ، وَزُبَيْرَةِ الثَّوبِ ، فعليه أَرْشُ نَقْصِهِ . وإن أَقَامَ عِنْدَهُ مُدَّةً لِمِثْلِهَا أَجْرَةً ، لِرَمَةِ أَجْرِهِ ، سواءَ اسْتَعْمَلَهُ أو تَرَكَهُ . وإن اجْتَمَعَا ، مثل أن أَقَامَ عِنْدَهُ مُدَّةً ، فَذَهَبَ بَعْضُ أَجْزَائِهِ ، فعليه ضَمَانُهُمَا معاً ، الأَجْرُ وَأَرْشُ النِّقْصِ ، سواءَ كان ذَهَابُ الأَجْزَاءِ بِالاسْتِعْمَالِ أو بغيرِهِ . وقال بعضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : / إن نَقَصَ بغيرِ الاسْتِعْمَالِ ، كَثُوبٍ يَنْقُصُهُ النِّشْرُ ، ظ ١١/٥ فَنَقَصَ بِنِشْرِهِ ، وَبَقِيَ عِنْدَهُ مُدَّةً ، ضَمِنَ الأَجْرَ وَالنِّقْصَ ، وإن كان النِّقْصُ من جِهَةِ الاسْتِعْمَالِ ، كَثُوبٍ لَيْسَ وَأَبْلَاهُ ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، يَضْمَنُهُمَا معاً . والثَّانِي ، يَجِبُ أَكْثَرُ الأَمْرَيْنِ من الأَجْرِ وَأَرْشِ النِّقْصِ ؛ لِأَنَّ مَا نَقَصَ من الأَجْزَاءِ فِي مُقَابَلَةِ الأَجْرِ ، ولذلك لا يَضْمَنُ المُسْتَأْجِرُ تِلْكَ الأَجْزَاءَ ، وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَفَرَّدُ بِالِإِيجَابِ عن صَاحِبِهِ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا وَجَبَا ، كَالوَاقِعِ فِي يَدِهِ مُدَّةً ثُمَّ تَلَفَ ، والأَجْرَةُ تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَقُوتُ من الْمَنَافِعِ ، لا فِي مُقَابَلَةِ الأَجْزَاءِ ، ولذلك يَجِبُ الأَجْرُ وإن لم تُفْتِ الأَجْزَاءُ ، وإن لم يَكُنْ لِلْمَغْصُوبِ أَجْرٌ ، كَثُوبٍ غَيْرِ مَخِيطٍ ، فلا أَجْرَ على الغَاصِبِ ، وعليه ضَمَانُ نَقْصِهِ لا غَيْرُ .

فصل : وإذا نَقَصَ الْمَغْصُوبُ عِنْدَ الغَاصِبِ ، ثم بَاعَهُ فَتَلَفَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، فله أن يَضْمَنَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ ضَمَّنَ الغَاصِبَ ضَمَّنَهُ قِيمَتُهُ أَكْثَرُ مَا كَانَتْ من حِينِ الْغَصَبِ إِلَى حِينِ التَّلَافِ ؛ لِأَنَّهُ فِي ضَمَانِهِ من حِينِ غَصَبِهِ إِلَى يَوْمِ^(١٧) تَلَفَ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِي

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « قِيمَتُهُ » .

(١٦) الزُولَى : لم يَجِدْهُ . وَلَعَلَّهُ نَوْعٌ مِنَ الثِّيَابِ أَوْ الْفَرَشِ .

(١٧) فِي ب : « حِينِ » .

ضَمَنَهُ قِيَمَتَهُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ حِينَ قَبْضِهِ إِلَى حِينَ تَلْفِهِ ؛ لِأَنَّ مَا قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ أَجْرَةٌ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِجَمِيعِهَا ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرَى بِأَجْرِ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ ^(١٨) ، وَالْبَاقِي عَلَى الْغَاصِبِ . وَالْكَلَامُ فِي رُجُوعِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ نَذْرُهُ فِيمَا بَعْدُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِذَا غَصَبَ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا ، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا ، أَوْ حَدِيدًا فَعَمِلَهُ سَكَكِينَ أَوْ أَوَانِي ^(١٩) ، أَوْ خَشَبَةً فَتَجَرَّهَا بَابًا أَوْ ثَابُوتًا ، أَوْ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ وَخَاطَهُ ، لَمْ يَزَلْ مِلْكُ صَاحِبِهِ عَنْهُ ، وَيَأْخُذُهُ وَأُرْشَ نَقْصِهِ إِنْ نَقَصَ ، وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِي زِيَادَتِهِ ، فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كُلِّهَا : يَنْقَطِعُ حَقُّ صَاحِبِهَا عَنْهَا ، إِلَّا أَنَّ الْغَاصِبَ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا إِلَّا بِالصَّدَقَةِ ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ قِيَمَتَهَا فَيَمْلِكُهَا وَيَتَصَرَّفَ فِيهَا كَيْفَ شَاءَ . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، مَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ الْغَاصِبَ يَمْلِكُهَا بِالْقِيَمَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ ، فَإِنَّ مُحَمَّدًا مَاتَ قَبْلَ أَمْرِ عَبْدِ اللَّهِ بِنَحْوٍ مِنْ عِشْرِينَ سَنَةً . وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، زَارَ قَوْمًا مِنَ الْأَنْصَارِ فِي دَارِهِمْ ، فَقَدَّمُوا إِلَيْهِ شَاةً مَشْوِيَّةً / فَتَنَاوَلَ مِنْهَا لُقْمَةً ، فَجَعَلَ يَلُوكُهَا وَلَا يَسِيغُهَا ، فَقَالَ : « إِنْ هَذِهِ الشَّاةُ لَتُخْبِرُنِي أَنَّهَا أَخَذْتُ بِغَيْرِ وَجْهِ ^(٢٠) حَقٌّ » . فَقَالُوا : نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، طَلَبْنَا فِي السُّوقِ فَلَمْ نَجِدْ ، فَأَخَذْنَا شَاةً لِبَعْضِ جِيرَانِنَا ، وَنَحْنُ نُرْضِيهِمْ مِنْ ثَمَنِهَا . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَطْعِمُوهَا الْأَسْرَى » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢١) بِنَحْوٍ مِنْ هَذَا . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى ^(٢٢) أَنَّ حَقَّ أَصْحَابِهَا انْقَطَعَ عَنْهَا ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَأَمَرَ بِرَدِّهَا

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « يَدِيهِ » .

(١٩) فِي م : « وَأَوَانِي » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢١) فِي م زِيَادَةٌ : « الْأَنْصَارِ » .

(٢٢) فِي : بَابُ فِي اجْتِنَابِ الشَّبَهَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنْ أَمْرَ دَاوُدَ ٢ / ٢١٩ .

كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥ / ٢٩٣ .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : م .

عليهم . ولنا ، أن عَيْنَ مَالِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ قَائِمَةٌ ، فَلَزِمَ رَدُّهَا إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ ذَبَحَ الشَّاةَ وَلَمْ يَشْوِهَا ، وَلَئِنَّهُ لَوْ فَعَلَهُ بِمِلْكِهِ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ ، فَإِذَا فَعَلَهُ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ ذَبَحَ الشَّاةَ ، أَوْ ضَرَبَ الثَّقَرَةَ دَرَاهِمَ ، وَلَئِنَّهُ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ فِعْلِ آدَمِيٍّ ، فَلَمْ يَزِلْهُ إِذَا فَعَلَهُ آدَمِيٌّ ، كَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَأَمَّا الْخَبَرُ فَلَيْسَ بِمَعْرُوفٍ كَمَا رَوَوْهُ ، وَلَيْسَ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : « وَنَحْنُ نُرْضِيهِمْ ^(٢٤) مِنْ ثَمَنِهَا ^(٢٥) » . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِعَمَلِهِ ، سِوَا زَادَتِ الْعَيْنُ أَوْ لَمْ تَزِدْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ الْغَاصِبَ يُشَارِكُ الْمَالِكَ بِالزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ ^(٢٥) بِمَنَافِعِهِ ، وَمَنَافِعُهُ أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْأَعْيَانِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرِ ، وَالْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ عَمِلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ لَذَلِكَ عَوَضًا ، كَمَا لَوْ أَغْلَى زَيْتًا فَزَادَتْ قِيمَتُهُ ، أَوْ بَنَى حَائِطًا لْغَيْرِهِ ، أَوْ زَرَعَ حِنْطَةً لِإِنْسَانٍ فِي أَرْضِهِ ، وَسَائِرَ عَمَلِ الْغَاصِبِ . فَأَمَّا صَبْغُ الثَّوْبِ ، فَإِنَّ الصَّبْغَ عَيْنُ مَالٍ ، لَا يَزُولُ مِلْكُ صَاحِبِهِ عَنْهُ بِجَعْلِهِ مَعَ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، ^(٢٦) وَهَذَا حُجَّةٌ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْ صَبْغِهِ بِجَعْلِهِ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ^(٢٦) ، وَجَعْلِهِ كَالصَّبْغَةِ ، فَلَا نَ لَا يَزُولُ مِلْكُ غَيْرِهِ بِعَمَلِهِ فِيهِ أَوَّلَى ، فَإِنْ احْتَجَّ بِأَنَّ مِنْ زَرَعَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ يَرُدُّ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، قُلْنَا : الزَّرْعُ مِلْكٌ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ تَزْدَادُ بِهِ قِيمَتُهُ ، فَإِذَا أَخَذَهُ مَالِكُ الْأَرْضِ ، احْتَسَبَ لَهُ بِمَا أَتَّفَقَ عَلَى مِلْكِهِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا عَمَلُهُ فِي مِلْكِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَكَانَ لِأَعْيَانِ ، عَلَى أَنَّنَا نَقُولُ : إِنَّمَا تَجِبُ قِيمَةُ ^(٢٦) الزَّرْعِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ دُونَ الْقِيمَةِ ، رَدَّ الْمَوْجُودَ وَقِيمَةَ ^(٢٦) النِّقْصِ ، وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ وَالْقِيمَةُ ، ضَمِنَهُمَا مَعًا ، كَالزَّيْتِ إِذَا غَلَاهُ . وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِي كُلِّ مَا نَصَرَفَ فِيهِ ، مِثْلُ ثَقَرَةٍ ضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَوْ حَلِيًا ، أَوْ طِينًا

(٢٤-٢٤) في م : « عنها » . وتقدم .

(٢٥) في الأصل : « عدلت » .

(٢٦-٢٦) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

جَعَلَهُ لَبَنًا ، أَوْ عَزَلًا نَسَجَهُ ، أَوْ ثَوْبًا قَصَرَهُ . وَإِنْ جَعَلَ فِيهِ شَيْئًا مِنْ عَيْنٍ مَالِهِ ، مِثْلُ أَنْ سَمَرَ الرَّفُوفَ ^(٢٧) بِمَسَامِيرٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَلَهُ قَلْعُهَا وَيَضْمَنُ مَا نَقَصَتِ الرَّفُوفُ ^(٢٧) ، وَإِنْ كَانَتِ الْمَسَامِيرُ مِنَ الْخَشَبِ الْمَعْصُوبَةِ ، أَوْ مَالِ الْمَعْصُوبِ مِنْهُ / فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ ، وَلَيْسَ لَهُ قَلْعُهَا ، إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْمَالِكُ بِذَلِكَ ، فَيَلْزِمُهُ . وَإِنْ كَانَتِ الْمَسَامِيرُ لِلْغَاصِبِ ، فَوَهَبَهَا لِلْمَالِكِ ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الْهَبَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ ^(٢٨) اسْتَأْجَرَ الْغَاصِبُ عَلَى عَمَلِ شَيْءٍ مِنْ هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَلَا أَجْرَ عَلَيْهِ . وَالْحُكْمُ فِي زِيَادَتِهِ وَنَقْصِهِ ، كَمَا لَوْ وَلِيَ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا أَنْ لِلْمَالِكِ أَنْ يُضْمِنَ النَّقْصَ ^(٢٩) مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، ^(٣٠) فَلَوْ اسْتَأْجَرَ قَصَابًا فَذَبَحَ شَاةً ، فَلِلْمَالِكِ أَخْذُهَا وَأَرْشُ نَقْصِهَا ، وَيُعْرَمُ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا ^(٣١) ، فَإِنْ عَرِمَ الْغَاصِبُ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْقَصَابُ الْحَالَ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْقَصَابُ رَجَعَ عَلَى الْغَاصِبِ ، لِأَنَّهُ عَرِمَ ، وَإِنْ عَلِمَ الْقَصَابُ أَنَّهَا مَعْصُوبَةٌ فَعَرِمَهُ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عَالِمًا بِالْحَالِ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، رَجَعَ عَلَى الْقَصَابِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ ^(٣١) مِنْهُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ ^(٣٢) اسْتَعَانَ بِمَنْ ^(٣٣) ذَبَحَ لَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ حَبًّا فَرَزَعَهُ فَصَارَ زَرْعًا ، أَوْ نَوَى فَصَارَ شَجَرًا ، أَوْ بَيْضًا فَحَضَنَهُ فَصَارَ فَرْخًا ، فَهُوَ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ تَمًا ، فَأَشْبَهَ مَا تَقَدَّمَ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَمْلِكَهُ الْغَاصِبُ ، بِنَاءً عَلَى الرُّوَايَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ . وَإِنْ غَصَبَ دَجَاجَةً فَبَاضَتْ عِنْدَهُ ، ثُمَّ حَضَنْتْ بَيْضَهَا فَصَارَ فَرَاخًا ، فَهُمَا ^(٣٣) لِمَالِكِهَا ، وَلَا

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « الدَّفُوفُ » .

(٢٨) فِي مِ يَزَادَةُ : « كَانَ » .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٠-٣١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٣١) فِي الْأَصْلِ : « دَخَلَ » .

(٣٢-٣٣) فِي ب ، م : « اسْتَعَارَ مِنْ » .

(٣٣) فِي م : « فَهِم » .

شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِي عَافِيهَا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي طَيْرَةِ جَاءَتْ إِلَى دَارِ قَوْمٍ فَأَفْرَحَتْ عَنْدهُمْ :
يُرْدُّ فُرُوحَهَا إِلَى أَصْحَابِ الطَيْرَةِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيمَا عَمِلَ . وَإِنْ غَضَبَ شَاةٌ ،
فَأُنْزِيَ^(٣٤) عَلَيْهَا فَحَلًّا ، فَالْوَلَدُ لِصَاحِبِ الشَّاةِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ نَمَائِهَا . وَإِنْ غَضَبَ فَحَلًّا ،
فَأُنْزَاهُ عَلَى شَاتِهِ ، فَالْوَلَدُ لِصَاحِبِ الشَّاةِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ الْأُمَّ ، وَلَا أُجْرَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
نَهَى عَنْ عَسَبِ الْفَحْلِ^(٣٥) . وَإِنْ نَقَصَهُ الضَّرْبُ ضَمِنَ^(٣٦) نَقْصَهُ .

فصل : وَإِنْ غَضَبَ دَنَائِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ مِنْ رَجُلٍ ، وَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا لِآخَرَ ، فَلَمْ
يَتَمَيَّزَا ، صَارَا شَرِيكَيْنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَمْلِكُهَا الْغَاصِبُ ، وَعَلَيْهِ غَرَامَةُ مِثْلِهَا
لَهُمَا ، وَإِنْ خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا مِنْ مَالِهِ ، مَلَكَهَا ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهَا بَعَيْنِهَا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ
تَلَفَتْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فَعُلَ فِي الْمَعْصُوبِ عَلَى وَجْهِ التَّعَدَّى ، لَمْ يَذْهَبْ بِمَالِيَّتِهِ ، فَلَمْ يُزَلْ
مِلْكُ صَاحِبِهِ عَنْهُ ، كَذَبْحِ الشَّاةِ .

فصل : وَإِنْ غَضَبَ عَبْدًا ، فَصَادَ صَيْدًا ، أَوْ كَسَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ
غَضَبَ جَارِحًا كَالْفَهْدِ وَالْبَارِي ، فَصَادَ بِهِ ، فَالصَّيْدُ لِلْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ كَسَبِ مَالِهِ ،
فَأُشْبِهَ صَيْدَ الْعَبْدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ الصَّائِدُ ، وَالْجَارِحَةُ / آتَةٌ لَهُ ، وَهَذَا
يَكْتَفِي بِتَسْمِيَّتِهِ عِنْدَ إِسْرَالِهِ الْجَارِحِ . وَإِنْ غَضَبَ قَوْسًا أَوْ سَهْمًا أَوْ شَبَكَةً ، فَصَادَ بِهِ ،
ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ لِصَاحِبِ الْقَوْسِ وَالسَّهْمِ وَالشَّبَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَاصِلٌ بِهِ ،
فَأُشْبِهَ نَمَاءَ مِلْكِهِ وَكَسَبَ عَبْدِهِ . وَالثَّانِي ، لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الصَّيْدَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ ، وَهَذِهِ
الْآتُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ ذَبَحَ بِسِكِّينَ غَيْرِهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : هُوَ^(٣٧) لِلْغَاصِبِ . فَعَلَيْهِ أَجْرُ ذَلِكَ
كُلُّهُ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدَيْهِ ، إِنْ كَانَ لَهُ أَجْرٌ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ لِلْمَالِكِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجْرٌ فِي مُدَّةِ

١٣/٥ ظ

(٣٤) فِي النسخ : « فَأَتَرَى » . وَفَعَتْ نَقْطَةُ الزَّايِ مَعَ النُّونِ

(٣٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٦ / ٣٠٣ .

(٣٦) فِي ب ، م : « ضَر » .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : م .

اصْطِيَادِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ فِي مُقَابَلَةِ مَنَافِعِهِ ، وَمَنَافِعُهُ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ عَائِدَةٌ إِلَى مَالِكِهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ عَوَضَهَا عَلَى غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ زَرَعَ أَرْضَ إِنْسَانٍ ، فَأَخَذَ الْمَالِكُ الزَّرْعَ بِنَفَقَتِهِ ، وَالثَّانِي عَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ ، أَشْبَهَ مَالُوهُ لَمْ يَصِدْ شَيْئًا .

٨٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً ، فَوَطَّئَهَا ، وَأَوْلَدَهَا ، لَزِمَهُ الْحَدُّ ، وَأَخَذَهَا سَيِّدُهَا وَأَوْلَادُهَا وَمَهْرُ مِثْلِهَا)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْعَاصِبَ إِذَا وَطَّئَ الْجَارِيَةَ الْمَعْصُومَةَ ، فَهُوَ زَانٍ ؛ لِأَنَّهُا لَيْسَتْ زَوْجَةً لَهُ وَلَا مِلْكٌ يَمِينٍ ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ ، فَعَلِيهِ حَدُّ الزَّانِي ؛ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ ، وَلَا شُبْهَةَ مِلْكٍ ، وَعَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا ، سَوَاءً كَانَتْ مُكْرَهَةً أَوْ مُطَاوَعَةً . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا مَهْرَ لِلْمُطَاوَعَةِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ ^(١) . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا حَقٌّ لِلْسَيِّدِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِمُطَاوَعَتِهَا ، كَمَا لَوْ أَذْنَتْ فِي قَطْعِ يَدِهَا ، وَلَئِنَّهُ حَقٌّ يَجِبُ لِلْسَيِّدِ مَعَ إِكْرَاهِهَا ، فَيَجِبُ مَعَ مُطَاوَعَتِهَا ، كَأَجْرِ مَنَافِعِهَا ، وَالْحَبْرُ مَحْمُولٌ عَلَى الْحُرَّةِ ، وَيَجِبُ أَرْضُ بَكَارَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ جُزْءٍ مِنْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْبِكْرِ يَدْخُلُ فِيهِ ^(٢) أَرْضُ الْبَكَارَةِ ، وَلِهَذَا يَرِيدُ عَلَى مَهْرِ الثَّيِّبِ عَادَةً ، لِأَجْلِ مَا يَتَضَمَّنُهُ مِنْ تَقْوِيَةِ الْبَكَارَةِ . وَإِنْ حَمَلَتْ ، فَالْوَلَدُ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ نَمَائِهَا وَأَجْزَائِهَا ، وَلَا يُلْحَقُ نَسَبُهُ بِالوَاطِئِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ زَيْئٍ . فَإِنْ وَضَعَتْهُ حَيًّا ، وَجَبَ رَدُّهُ مَعَهَا ، وَإِنْ أَسْقَطَتْهُ مَيِّتًا ، لَمْ يُضْمَنْ ؛ لِأَنَّنَا لَا نَعْلَمُ حَيَاتَهُ قَبْلَ هَذَا . هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ عِنْدَ أَصْحَابِهِ . وَقَالَ ^(٣) الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ : يَجِبُ ضَمَانُهُ بِقِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا . نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ لَوْ سَقَطَ بِضَرْبَتِهِ ، وَمَا ضَمِنَ بِالْإِثْلَافِ ضَمِنَهُ

(١) تقدم تخرجه في : ٦ / ٣٥٣ .

(٢) سقط من : ب .

(٣-٣) كذا ورد في النسخ ، ولعل صوابه : « القاضي الحسين » وهو الحسين بن محمد بن أحمد المروزي القاضي أبو علي ، أحد رفعاء الشافعية ، وهو صاحب « التعليقة » توفي سنة اثنتين وستين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٤ / ٣٥٦-٣٦٥ .

الغاصِبُ بالتَّلفِ في يَدِهِ ، كأَجْرِ العَيْنِ . والأوَّلَى ، إن شاء الله تعالى ، أن يَضْمَنَهُ بِعُشْرِ قِيَمَةِ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ الذِي يَضْمَنُهُ بِهِ بِالْجِنَايَةِ ، فَيَضْمَنُهُ بِهِ فِي التَّلفِ ، كالأجزاء . وإن / وَضَعْتَهُ حَيًّا ، حَصَلَ مَضْمُونًا فِي يَدِ الغاصِبِ ، كالأُمِّ . فإن ماتَ بعد ذلك ، ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ . وإن نَقَصَتِ الأُمُّ بِالوِلَادَةِ ، ضَمِنَ نَقْصُهَا ، ولم يَنْجِرْ بِالوَلَدِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : يَنْجِرُ نَقْصُهَا بِوَلَدِهَا . ولنا ، أن وَلَدَهَا مِلْكُ المَعْصُوبِ مِنْهُ ، فلا يَنْجِرُ بِهِ نَقْصُ حَصَلِ^(٤) بِجِنَايَةِ الغاصِبِ ، كالتَّقصِ الحاصِلِ بغيرِ الوِلَادَةِ . وإن ضَرَبَ الغاصِبُ بَطْنَهَا فَالْقَتِ الجَيْنَ مَيِّتًا ، فعليه عُشْرُ قِيَمَةِ أُمِّهِ . وإن ضَرَبَ بَطْنَهَا أَجْنَبِيًّا ، ففيه مِثْلُ ذَلِكَ ، وللمالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ، فإن ضَمِنَ الغاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الضَّارِبِ ، وإن ضَمِنَ الضَّارِبَ ، لم يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الإِثْلَافَ وَجَدَ مِنْهُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وإن مَاتَتِ الجَارِيَةُ ، فعليه قِيَمَتُهَا أَكْثَرُ مَا كَانَتْ . وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ أَرْضُ بَكَارَتِهَا ، ونَقْصُ وَلَادَتِهَا ، ولا يَدْخُلُ فِيهِ^(٥) ضَمَانُ وَلَدِهَا ، ولا مَهْرُ مِثْلِهَا ، وسواءٌ فِي هَذِهِ الْأَحْكَامِ كُلُّهَا حَالَةُ الْإِكْرَاهِ أَوْ الْمُطَاوَعَةِ ؛ لِأَنَّهَا حُقُوقٌ لِسَيِّدِهَا ، فلا تَسْقُطُ بِمُطَاوَعَتِهَا . وأما حُقُوقُ اللَّهِ تعالى ، كالحَدِّ عَلَيْهَا ، وَالْإِثْمِ^(٦) ، وَالتَّعْزِيرِ فِي مَوْضِعٍ يَجِبُ ، فإن كَانَتْ مُطَاوَعَةً عَلَى الْوُطْءِ ، عَالِمَةً بِالتَّحْرِيمِ ، فعَلَيْهَا الْحَدُّ إِذَا كَانَتْ مِنْ أَهْلِهَا ، وَالْإِثْمُ ، وَإِلَّا فلا .

فصل : وإن كان الغاصِبُ جاهلاً بِتَحْرِيمِ^(٧) ذَلِكَ ؛ لِقُرْبِ عَهْدِهِ بِالْإِسْلَامِ ، أَوْ نَاشِئًا بِبَادِيَةِ بَعِيدَةٍ يَخْفَى عَلَيْهِ مِثْلُ هَذَا ، فَاعْتَقَدَ حِلَّ وَطْئِهَا ، أَوْ اعْتَقَدَ أَنَّهَا جَارِيَتُهُ فَأَخَذَهَا ، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهَا غَيْرُهَا ، فلا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ ، وَأَرْضُ الْبِكَارَةِ . وَإِنْ حَمَلَتْ فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، لِاعْتِقَادِهِ أَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَيَلْحَقُهُ النَّسَبُ

(٤) فِي الْأَصْلِ : « حَمَل » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

لِمَوْضِعِ الشُّبْهَةِ . وَإِنْ وَضَعْتُهُ مَيْتًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ حَيَاتَهُ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَحُلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، وَإِنَّمَا وَجَبَ تَقْوِيمُهُ لِأَجْلِ الْحَيُولَةِ . وَإِنْ وَضَعْتُهُ حَيًّا ، فَعَلِيهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ انْفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتْ عَلَيْهِ رِقَّةَ بَاغْتِقَادِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَقْوِيمُهُ حَمَلًا ، فَقَوَّمْ عَلَيْهِ أَوَّلَ حَالِ انْفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلَ حَالِ إِمكَانِ تَقْوِيمِهِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ وَقْتُ الْحَيُولَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ . وَإِنْ ضَرَبَ الْغَاصِبُ بَطْنَهَا ، فَالْقَتَ جَنِينًا مَيْتًا ، فَعَلِيهِ غُرَّةُ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ ، قِيمَتُهَا خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ ، مَوْزُونَةٌ عَنْهُ ، لَا يَرِثُ الضَّارِبُ مِنْهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ جَنِينًا حُرًّا ، وَعَلِيهِ لِلْسَيِّدِ عَشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْقَاطَ لَمَّا اعْتَقَبَ الضَّرْبَ ، فَالظَّاهِرُ حُصُولُهُ بِهِ ، وَضَمَانُهُ لِلْسَيِّدِ ضَمَانُ الْمَمَالِكِ ، وَلِهَذَا لَوْ وَضَعْتُهُ حَيًّا قَوَّمْنَاهُ مَمْلُوكًا . / وَإِنْ كَانَ الضَّارِبُ أُجْنَبِيًّا ، فَعَلِيهِ غُرَّةُ دِيَةِ الْجَنِينِ الْحُرِّ ؛ لِأَنَّهُ مُحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَتَكُونُ مَوْزُونَةٌ عَنْهُ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ لِلْسَيِّدِ عَشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنْهُ ضَمَانُ الْمَمَالِكِ ، وَقَدْ قَوَّتْ رِقَّةَ عَلَى السَيِّدِ ، وَحَصَلَ التَّلَفُ فِي يَدَيْهِ . وَالْحُكْمُ فِي الْمَهْرِ ، وَالْأَرْشِ ، وَالْأَجْرِ ، وَنَقْصِ الْوِلَادَةِ ، وَقِيمَتِهَا ^(٨) إِنْ تَلَفَتْ ^(٩) ، مَا مَضَى إِذَا كَانَا عَالِمَيْنِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ حُقُوقُ الْآدَمِيِّينَ ، فَلَا تَسْقُطُ بِالْجَهْلِ وَالْخَطَا ، كَالَّذِيَّةِ .

١٤/٥ و

٨٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْغَاصِبُ بَاعَهَا ، فَوَطَّئَهَا الْمُشْتَرِي ، وَأَوْلَدَهَا ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ، رُدَّتِ الْجَارِيَةُ إِلَى سَيِّدِهَا ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا ، وَقُدَى أَوْلَادُهُ بِمِثْلِهِمْ ، وَهُمْ أَحْرَارٌ ، وَرَجَعَ بِذَلِكَ كُلُّهُ عَلَى الْغَاصِبِ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْغَاصِبَ إِذَا بَاعَ الْجَارِيَةَ ، فَبَيْعُهُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَارَةِ الْمَالِكِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، أَنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ ، وَيَنْفَعُ ، لِأَنَّ الْعَصَبَ فِي الظَّاهِرِ تَتَطَاوَلُ مُدَّتُهُ ، فَلَوْ لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُ الْغَاصِبِ ، أَفْضَى إِلَى الضَّرْرِ بِالْمَالِكِ وَالْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَا يَمْلِكُ ثَمَنَهَا ، وَالْمُشْتَرِي لَا يَمْلِكُهَا . وَالتَّفْرِيعُ عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، وَالْحُكْمُ فِي وَطْءِ الْمُشْتَرِي كَالْحُكْمِ فِي وَطْءِ الْغَاصِبِ ، إِلَّا أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا ادَّعَى الْجَهَالََةَ ، قُبِلَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ

الغاصب ، فإنه لا يُقبلُ منه إلا بشرط ذكرناه . ويجب ردُّ الجارية إلى سيدها ، وللمالك مطالبةُ أيهما شاء بردها ؛ لأن الغاصب أخذها بغير حق ، وقد قال النبي ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تُرده » (١) . والمُشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضا ، فيدخل في عموم الخبر ، ولأن مال غيره في يده . وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى . ويلزم المُشتري المهر ؛ لأنه وطئ جارية غيره بغير نكاح ، وعليه أرض البكارة ، ونقص الولادة . وإن ولدت منه ، فالولد حر ؛ لاعتقاده أنه يطاء مملوكته ، فمَنع ذلك انخلاق الولد رقيقا ، ويلحقه نسبه ، وعليه فداءهم ؛ لأنه فوت رِقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء . وهذا الصحيح في المذهب ، وعليه الأصحاب . وقد نقل ابن منصور ، عن أحمد ، أن المُشتري لا (٢) يلزمه فداء أولاده ، وليس للسيد بدلهم ؛ لأنهم كانوا في حال العلوُق أحرارا ، ولم يكن لهم قيمة حينئذ . قال الحلال : أحسبه قولاً لأبي عبد الله أول ، / ١٤/٥ والذي أذهب (٣) إليه أنه يفديهم . وقد نقله ابن منصور أيضا ، وجعفر بن محمد ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي . ويفديهم ببذلهم يوم الوضع . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجب (٤) يوم المطالبة ؛ لأن ولد المعصوية لا يضمُّنه عنده إلا بالمنع ، وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب ، وقد ذكرنا فيما مضى ، أنه يحدث مضمونا ، فيقوم يوم وضعه ؛ لأنه أول حال أمكن (٥) تقويمه . واختلف أصحابنا فيما يفديهم به ، فنقل الخرقى ههنا أنه يفديهم بمثلهم . والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن ، والصفات ، والجنس ، والذكورية والأنثوية ، وقد نص عليه أحمد . وقال أبو بكر عبد العزيز : يفديهم بمثلهم في القيمة . وعن أحمد رواية ثالثة ، أنه (٥) يفديهم بقيمتهم :

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٦١ .

وفي م : : تؤديه .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في الأصل : ذهب .

(٤) في الأصل : يمكن .

(٥) سقط من : ب .

وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي . وهو أصح إن شاء الله تعالى ؛ لأن الحيوان ليس بمنزلة ، فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ، ولأنه لو أثلفه ضمنه بقيمته . وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع . وقول الخرقى : « رجع بذلك كله على الغاصب » . يعنى بالمهر ، وما فدى به الأولاد ؛ لأن المشتري دخل على أن يسلم له الأولاد ، وأن يتمكن من الوطء بغير عوض ، فإذا لم يسلم له ذلك ، فقد غرر البائع ، فرجع به عليه . فأما الجارية إذا ردها لم يرجع ببذلها ؛ لأنها ملك المعصوب منه رجعت إليه ، لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه . وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر في تلك المدة ، فعليه أجرها . وإن اغتصبها بكراً ، فعليه أرض بكارتها . وإن نقصتها الولادة أو غيرها ، فعليه أرض نقصها . وإن تلفت في يده ، فعليه قيمتها . وكل ضمان يجب على المشتري ، فللمعصوب منه أن يرجع به على من شاء منهما ؛ لأن يد الغاصب سبب يد المشتري . وما وجب على الغاصب ، من أجر المدة التي كانت في يده ، أو نقصر حدث عنده ، فإنه يرجع به على الغاصب وحده ؛ لأن ذلك كان قبل يد المشتري . فإذا طالب المالك^(٦) المشتري بما وجب في يده ، وأخذه منه ، فأراد المشتري الرجوع به على الغاصب ، نظرت ؛ فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها^(٧) معصوبة ، لم يرجع بشيء ؛ لأن موجب الضمان وجد في يده من غير تغيير ، وإن لم يعلم ، فذلك على ثلاثة أضرب ؛ ضرب لا يرجع به ، وهو قيمتها إن تلفت في يده ، وأرض بكارتها ، وبذل جزئ من أجزائها ؛ لأنه دخل مع البائع على أنه يكون / ضامناً لذلك بالثمن ، فإذا ضمنه لم يرجع به . وضرب يرجع به ، وهو بدل الولد إذا ولدت منه ؛ لأنه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ، ولم يحصل من جهته إثلاف ، وإنما الشرع أثلفه بحكم بيع الغاصب منه ، وكذلك نقص الولادة . وضرب اختلف فيه ، وهو مهر مثليها وأجر نفعها ، فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان ؛

١٥/٥

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م زيادة : « غير » .

إحداهما ، يَرْجِعُ به . وهو قولُ الخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنْ يُتْلَفَهُ ^(٨) بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَإِذَا غَرِمَ عَوَضَهُ رَجَعَ بِهِ ، كَبَدَلِ الْوَلَدِ ، وَنَقْصِ الْوِلَادَةِ . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يَرْجِعُ بِهِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ غَرِمَ مَا اسْتَوْفَى بَدْلَهُ ، فَلَا يَرْجِعُ بِهِ ، كَقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ، وَبَدَلِ أَجْزَائِهَا . وَهَذَا الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ . وَإِنْ رَجَعَ بِذَلِكَ كُلَّهُ عَلَى الْغَاصِبِ فَكُلُّ مَا لَوْ رَجَعَ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي لَا ^(٩) يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ، إِذَا رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ رَجَعَ بِهِ الْغَاصِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي . وَكُلُّ مَا لَوْ رَجَعَ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ الْمُشْتَرِي عَلَى ^(١٠) الْغَاصِبِ إِذَا غَرِمَهُ الْغَاصِبُ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي . وَمَتَى رَدَّهَا حَامِلًا فَمَاتَتْ مِنَ الْوَضْعِ ، فَإِنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى الْوَاطِئِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ ^(١١) بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ .

فصل : ومن استكره امرأة على الزنى ، فعليه الحدُّ ذُنُوبُهَا ؛ لِأَنَّهَا مَعْدُورَةٌ ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا حُرَّةٌ كَانَتْ أَوْ أَمَةً ، فَإِنْ كَانَتْ حُرَّةً كَانِ الْمَهْرُ ^(١٢) لَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً كَانِ الْمَهْرُ لِسَيِّدِهَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ وَجُوبُ الْحَدِّ ، فَلَمْ يَجِبْ بِهِ الْمَهْرُ ، كَمَا لَوْ طَاوَعَتْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَطْءٌ فِي غَيْرِ مِلْكٍ ، سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ مِنَ الْمَوْطُوءَةِ . فَإِذَا كَانَ الْوَاطِئُ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ فِي حَقِّهَا ، وَجَبَ عَلَيْهِ مَهْرُهَا كَمَا لَوْ وَطِئَهَا بِشَبَّهَةٍ ، وَأَمَّا الْمُطَاوَعَةُ ، فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَجَبَ عَلَيْهِ ^(١٣) مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لِسَيِّدِهَا ، فَلَا يَسْقُطُ بِرِضَاهَا ، وَإِنْ كَانَتْ حُرَّةً ، لَمْ يَجِبْ لَهَا الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّ رِضَاَهَا اقْتَرَنَ بِالسَّبَبِ الْمَوْجِبِ ، فَلَمْ يُوجِبْ ، كَمَا لَوْ أَدْنَتْهُ فِي قَطْعِ يَدِهَا ، أَوْ إِثْلَافِ جُزْءٍ مِنْهَا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ الثَّيِّبَ لَا مَهْرَ لَهَا وَإِنْ أَكْرَهَتْ . ثَقَلَهَا

(٨) فِي الْأَصْلِ : « مُتْلَفُهُ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « لَمْ » .

(١٠) فِي ب : « لِي » .

(١١) فِي ب : « التَّالِفِ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : م .

ابن منصور ، وهو اختيار أبي بكر . والصحيح الأول ؛ لأنها مكرهة على الوطء الحرام ، فوجب لها المهر ، كالبر ، ويجب أرض البكارة مع المهر ، كما قدمنا .

فصل : إذا أجر الغاصب المعصوب ، فلا جارة باطلة ، على إحدى الروايات ، كالبيع / ، ولما ليك تضمين أيهما شاء أجر مثلها ، فإن ضمن المستأجر ، لم يرجع بذلك ، لأنه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة ، ^(١٤) إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد ، فيرجع بالزيادة ^(١٥) ويسقط عنه المسمى في العقد . وإن كان دفعه إلى الغاصب ، رجع به . وإن تلفت العين في يد المستأجر ، فلما ليكها تعريماً من شاء منهما قيمتها ، فإن غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب ؛ لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ، ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم ، هذا إذا لم يعلم بالغصب ، وإن علم لم يرجع على أحد ؛ لأنه دخل على بصيرة ، وحصل التلف في يده ، فاستقر الضمان عليه . وإن غرم الغاصب الأجر والقيمة ، رجع بالأجر على المستأجر على كل حال ، ويرجع بالقيمة إن ^(١٥) كان المستأجر عالماً بالغصب ، وإلا فلا . وهذا قول الشافعي ، ومحمد بن الحسن ، في الفصل كله . وحكى عن أبي حنيفة أن الأجر للغاصب دون صاحب الدار . ^(١٦) وهذا فاسد ؛ لأن الأجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار ^(١٦) ، فلم يملكها الغاصب ، كعوض الأجزاء .

فصل : وإن أودع المعصوب ، أو وكل رجلاً في بيعه ، ودفعه إليه ، فتلف في يده ، فللمالك تضمين أيهما شاء ؛ أما الغاصب فلا لأنه حال بين المالك وبين ملكه ، وأثبت اليد العادية عليه ، والمستودع والوكيل لاثباتهما أيديهما على ملك معصوم بغير حق . فإن غرم الغاصب ، وكانا غير عاليتين بالغصب ، استقر الضمان عليه ، ولم يرجع على أحد ، وإن غرهما رجعا على الغاصب بما غرما من القيمة والأجر ؛ لأنهما دخلا

(١٤-١٤) سقط من : الأصل ، ب .

(١٥) في ب : وإن ، ه .

(١٦-١٦) سقط من : الأصل .

على أن لا يضمن شيئا من ذلك ، ولم يحصل لهما بدل عما ضمنا . وإن علما أنها معصوبة استقر الضمان عليهما^(١٧) ؛ لأن التلّف حصل تحت^(١٨) أيديهما من غير تعريض بهما ، فاستقر الضمان عليهما ، فإن غرما شيئا ، لم يرجعأ به . وإن غرم الغاصب ، رجّع عليهما ؛ لأن التلّف حصل في أيديهما . وإن جرحها الغاصب ، ثم أودعها ، أو ردّها إلى مالِكها ، فتلفت بالجرح ، استقر الضمان على الغاصب بكلّ حال ؛ لأنه هو المتلف ، فكان الضمان عليه ، كما لو باشرها بالإثلاف في يده^(١٩) .

فصل : وإن أعار العين المعصوبة ، فتلفت عند المستعير ،^(٢٠) فللمالك تضمين أيهما شاء أجرها وقيمته ، فإن غرم المستعير^(٢١) مع علمه بالعصب ، لم يرجع على أحد ، وإن غرم الغاصب رجّع على^(٢٢) المستعير . وإن لم يكن علم بالعصب ، فغرّمه ، لم يرجع بقيمة العين ؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه . وهل يرجع بما غرم من الأجر ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، يرجع ؛ لأنه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه . والثاني ، لا يرجع ؛ لأنه / انتفع بها ، فقد استوفى بدل ما غرم ، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال . وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلّف ، فضمن الأكثر ، فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين ؛ لأنه دخل على أنه لا يضمنه ، ولم يستوف بدله . فإن ردّها المستعير على الغاصب ، فللمالك أن يضمنه أيضا ؛ لأنه فوت الملك على مالِكه بتسليمه إلى غير مستحقّه . ويستقر الضمان على الغاصب إن حصل التلّف في يديه ، وكذلك الحكم في المودع وغيره .

١٦/٥

فصل : وإن وهب المعصوب لعالم بالغصب ، استقر الضمان على المتهب ،

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في ب : « في » .

(١٩) في الأصل : « بدنه » .

(٢٠-٢١) سقط من : الأصل .

فمهما غَرِمَ من قِيمَةِ الْعَيْنِ أو أَجْزَائِهَا ، لم يَرْجِعْ به على أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فِي يَدَيْهِ ، ولم يَغْرُهُ أَحَدٌ ، وكذلك أَجْرُ^(٢١) مُدَّةِ مُقَامِهِ فِي يَدَيْهِ ، وَأُرْشُ نَقْصِهِ إِنْ حَصَلَ . وَإِنْ لم يَعْلَمْ ، فَلِصَاحِبِهَا تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْمُتَّهَبُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاحِبِ بِقِيمَةِ الْعَيْنِ وَالْأَجْزَاءِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : أَيُّهُمَا ضَمَّنَ لم يَرْجِعْ عَلَى الْآخَرِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُتَّهَبَ دَخَلَ عَلَى أَنْ تُسَلَّمَ لَهُ الْعَيْنُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا غَرِمَ مِنْ قِيمَتِهَا ، كَقِيمَةِ الْأَوْلَادِ ، فَإِنَّهُ وَافَقْنَا عَلَى الرَّجُوعِ بِضَمَانِهِ . فَأَمَّا الْأَجْرَةُ وَالْمَهْرُ وَأُرْشُ الْبَكَارَةِ ، فَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ الْمُتَّهَبُ عَلَى الْوَاحِبِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَإِنْ ضَمَّنَهُ الْوَاحِبُ ، فَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُتَّهَبِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

فصل : وَتَصَرُّفَاتِ الْغَاصِبِ كَتَصَرُّفَاتِ الْفُضُولِيِّ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الرُّوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، بُطْلَانُهَا . وَالثَّانِيَةِ ، صِحَّتُهَا وَوُقُوفُهَا عَلَى إِجَارَةِ الْمَالِكِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ فِي تَصَرُّفَاتِ الْغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةِ رَوَايَةً ، أَنَّهَا تَقَعُ صَحِيحَةً ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْعِبَادَاتُ ، كَالطَّهَارَةِ وَالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ وَالْحَجِّ ، أَوِ الْعُقُودُ كَالْبَيْعِ^(٢٢) وَالْإِجَارَةِ وَالتَّكَاجِ^(٢٣) . وَهَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَّقِدَ فِي الْعُقُودِ بِمَا لم يُبْطِلْهُ الْمَالِكُ ، فَأَمَّا مَا اخْتَارَ الْمَالِكُ إِبْطَالَهُ وَأَخَذَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ نَعْلَمْ فِيهِ خِلَافًا ، وَأَمَّا مَا لم يُدْرِكْهُ الْمَالِكُ ، فَوَجْهُ التَّصْحِيحِ فِيهِ أَنَّ الْغَاصِبَ تَطُولُ مُدَّتُهُ ، وَتَكْثُرُ تَصَرُّفَاتُهُ ، فَفِي الْقَضَاءِ يُبْطَلَانِهَا ضَرَرٌ كَثِيرٌ ، وَرُبَّمَا عَادَ الضَّرَرُ عَلَى الْمَالِكِ ، فَإِنَّ الْحُكْمَ بِصِحَّتِهَا يَقْتَضِي كَوْنَ الرِّبْحِ لِلْمَالِكِ ، وَالْعَوَضُ بِنَمَائِهِ وَزِيَادَتِهِ لَهُ ، وَالْحُكْمُ بِبُطْلَانِهِ يَمْنَعُ ذَلِكَ .

فصل : وَإِذَا غَضِبَ أَثْمَانًا فَاتَّجَرَ بِهَا ، أَوْ عُرُوضًا فَبَاعَهَا وَاتَّجَرَ بِثَمَنِهَا ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : الرِّبْحُ لِلْمَالِكِ ، وَالسَّلْعُ الْمُشْتَرَاةُ لَهُ . وَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ الشَّرَاءُ بِعَيْنِ الْمَالِ فَالرِّبْحُ / لِلْمَالِكِ . قَالَ الشَّرِيفُ : وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَتَّصَدَّقُ بِهِ . وَإِنْ

(٢١) فِي ب زِيَادَةِ : « مِثْلَهَا » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٣) فِي ب زِيَادَةِ : « وَغَوْهَا » .

اشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ تَقَدَّ الْأَثْمَانُ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ لِلْغَاصِبِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى لِنَفْسِهِ فِي ذِمَّتِهِ ، فَكَانَ الشَّرَاءُ لَهُ ، وَالرَّبْحُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ بَدَلُ الْمَغْضُوبِ . وَهَذَا قِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ تَمَاءُ مِلْكِهِ ، فَكَانَ لَهُ ^(٢٤) . كَمَا لَوْ اشْتَرَى لَهُ بَعَيْنِ الْمَالِ . وَهَذَا ^(٢٥) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَإِنْ حَصَلَ خُسْرَانٌ ، فَهُوَ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ تَقْصُّرُ حَصَلُ فِي الْمَغْضُوبِ ^(٢٦) . وَإِنْ دَفَعَ الْمَالُ إِلَى مَنْ يُضَارِبُ بِهِ ، فَالْحُكْمُ فِي الرَّبْحِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَلَيْسَ عَلَى الْمَالِكِ مِنْ أَجْرِ الْعَامِلِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي الْعَمَلِ فِي مَالِهِ ، وَأَمَّا الْغَاصِبُ ، فَإِنْ كَانَ الْمُضَارِبُ عَالِمًا بِالْعَصَبِ ، فَلَا أَجْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدُّ بِالْعَمَلِ ، وَلَمْ يَعْرِهُ أَحَدٌ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعَصَبِ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أَجْرُ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعْمَلَهُ عَمَلًا بِعَوَضٍ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ ، فَلَزِمَهُ أَجْرُهُ ، كَالْعَقْدِ الْفَاسِدِ .

٨٦٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ غَضِبَ شَيْئًا ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى رَدِّهِ ، لَزِمَتْ الْغَاصِبَ الْقِيَمَةُ ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ ، رَدَّهُ وَأَخَذَ الْقِيَمَةَ)

وجملته أَنَّ مَنْ غَضِبَ شَيْئًا فَعَجَزَ ^(١) عَنْ رَدِّهِ ، كَعَبْدِ أَبَقٍ ، أَوْ دَابَّةٍ شَرَدَتْ ، فَلِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ الْمُطَالَبَةُ بِبَدَلِهِ ، فَإِذَا أَخَذَهُ مَلْكُهُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْغَاصِبُ الْعَيْنَ الْمَغْضُوبَةَ ، بَلْ مَتَى قَدَرَ عَلَيْهَا لَزِمَهُ رَدُّهَا ، وَيُسْتَرَدُّ قِيَمَتُهَا الَّتِي أَذَاهَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُخَيَّرُ الْمَالِكُ بَيْنَ الصَّبْرِ إِلَى إِمْكَانِ رَدِّهَا فَيُسْتَرَدُّهَا ، وَبَيْنَ تَضْمِينِهِ إِيَّاهَا فَيَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهَا ، وَتَصِيرُ مِلْكًا لِلْغَاصِبِ ، لَا يَلْزِمُهُ رَدُّهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ دَفَعَ دُونَ قِيَمَتِهَا بِقَوْلِهِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ مَلَكَ الْبَدَلِ ، فَلَا يَبْقَى

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) في م زيادة : « هو » .

(٢٦) في ب : « يد الغاصب » .

(١) في ب ، م : « يعجز » .

مِلْكُهُ عَلَى الْمُبَدَّلِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلَئِنَّهُ تَضْمِينٌ فِيمَا يَنْتَقِلُ ^(٢) الْمِلْكُ فِيهِ ^(٣) ، فَتَنْقَلُهُ ^(٤) ، كَمَا لَوْ خَلَطَ زَيْتُهُ بِزَيْتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَغْضُوبَ لَا يَصِحُّ تَمْلُكُهُ بِالْبَيْعِ ، فَلَا يَصِحُّ بِالتَّضْمِينِ كَالْتَّالِفِ ^(٥) ، وَلَئِنَّهُ غَرِمَ مَا تَعَذَّرَ عَلَيْهِ ^(٦) رَدُّهُ بِخُرُوجِهِ عَنْ يَدِهِ ، فَلَا يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمَغْضُوبُ مُدَبَّرًا ، وَلَيْسَ هَذَا جَمْعًا بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبَدَّلِ ؛ لَئِنَّهُ مَلَكَ الْقِيَمَةَ لِأَجْلِ الْحَيْلُولَةِ ، لَا عَلَى سَبِيلِ الْعَوَضِ ، وَلِهَذَا إِذَا رَدَّ الْمَغْضُوبَ إِلَيْهِ ، رَدَّ الْقِيَمَةَ عَلَيْهِ ، وَلَا يُشْبِهُ الرِّبْتَ ؛ لَئِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَلَئِنْ حَقَّ صَاحِبِهِ انْقِطَاعُ عَنْهُ ، لَتَعَذَّرَ رَدُّهُ أَبَدًا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ مَتَى قَدَّرَ عَلَى الْمَغْضُوبِ رَدُّهُ ، وَنَمَاءَهُ الْمُنْفَصِلَ وَالْمُتَّصِلَ ، وَأَجَرَ مِثْلَهُ / إِلَى حِينَ دَفَعَ بَدْلَهُ . وَهَلْ يَلْزَمُهُ أَجْرُهُ مِنْ حِينَ دَفَعَ بَدْلَهُ إِلَى ^(٧) رَدُّهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحْسَنُهُمَا لَا يَلْزَمُهُ ؛ لَئِنَّهُ اسْتَحَقَّ الْإِنْفَاعَ بِبَدْلِهِ الَّذِي أُقِيمَ مَقَامَهُ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ الْإِنْفَاعَ بِهِ ، وَبِمَقَامِ مَقَامِهِ ، كَسَائِرِ مَا عَدَاهُ . وَالثَّانِي ، لَهُ الْأَجْرُ ^(٨) ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةً عَلَى مِلْكِهِ ، وَالْمَنْفَعَةَ لَهُ ، وَيَجِبُ عَلَى الْمَالِكِ رَدُّ مَا أَخَذَهُ بَدْلًا عَنْهُ إِلَى الْغَاصِبِ ؛ لَئِنَّهُ أَخَذَهُ بِالْحَيْلُولَةِ ، وَقَدْ زَالَتْ ، فَيَجِبُ رَدُّ مَا أَخَذَ مِنْ أَجْلِهَا إِنْ كَانَ بَاقِيًا بَعِينَهُ ، وَرَدُّ زِيَادَتِهِ الْمُتَّصِلَةَ ، كَالسَّيْنِ وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ ، وَهَذَا فَسَخٌ ، وَلَا يَلْزَمُ رَدُّ زِيَادَتِهِ الْمُنْفَصِلَةَ ؛ لِأَنَّهَا وَجَدَتْ فِي مِلْكِهِ ، وَلَا تَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ ، فَأُشْبِهَتْ زِيَادَةَ الْمَبِيعِ الْمَرْدُودِ بِغَيْبِ ، وَإِنْ كَانَ الْبَدَلُ تَالِفًا ، رَدَّ مِثْلَهُ أَوْ قِيَمَتَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ عَصِيرًا فَصَارَ خَمْرًا ، فَعَلَيْهِ مِثْلُ الْعَصِيرِ ؛ لَئِنَّهُ تَلَفَ فِي يَدَيْهِ ، فَإِنْ صَارَ خَلًّا ، وَجَبَ رَدُّهُ ، وَمَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَصِيرِ ، وَيَسْتَرْجِعُ مَا أَدَاهُ مِنْ بَدْلِهِ .

(٢) ق م : ١ : ينقل .

(٣) ق الأصل : ١ : عنه .

(٤) ق ب ، م : ١ : فنقله .

(٥) ق م : ١ : كالتلف .

(٦) سقط من : ب .

(٧) ق م : ١ : أجر .

وقال بعض أصحاب الشافعي : يردُّ الحَلَّ ، ولا يَسْتَرْجِعُ القِيَمَةَ ؛ لأنَّ العَصِيرَ تَلَفٌ بِتَحْمُرِهِ ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ وَإِنْ عَادَ حَلًّا ، كما لو هَزَلَتْ الجاريةُ السَّيِّئَةُ ثم عَادَ سِمْنُهَا ، فَإِنَّهُ يَرُدُّهَا وَأَرَشَ تَقْصِيهَا . ولنا ، أَنَّ الحَلَّ عَيْنُ العَصِيرِ ، تَغَيَّرَتْ صِفَتُهُ ، وقد رَدَّهُ ، فكان له اسْتِرْجَاعُ ما أَدَّاهُ بَدَلًا^(٨) عنه ، كما لو غَصَبَهُ فَعَصَبَهُ مِنْهُ غَاصِبٌ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَيْهِ ، وكما لو غَصَبَ حَمَلًا فَصَارَ كَبْشًا . أما السَّمْنُ الْأَوَّلُ فَلَنَا فِيهِ مَنَعٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ فَالثَّانِي غَيْرُ الْأَوَّلِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإذا غَصَبَ شيئًا ببلدٍ ، فَلَقِيَهُ ببلدٍ آخَرَ ، فَطَالَبَهُ بِهِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ أَثْمَانًا ، لَزِمَهُ دَفْعُهُمَا إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَثْمَانَ قِيَمُ الْأَشْيَاءِ ، فَلَا يَضُرُّ اخْتِلَافُ قِيَمَتِهَا ، وَإِنْ كَانَ^(٩) غَيْرَهَا وَكَانَ^(٩) مِنَ الْمِثْلِيَّاتِ وَقِيَمَتُهُ فِي الْبَلَدَيْنِ وَاحِدَةً ، أَوْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ فِي بَلَدٍ الْعَصَبُ أَكْثَرَ ، لَزِمَهُ أَدَاءُ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ . وكذلك إِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ مُخْتَلِفَةً إِلَّا أَنَّهُ لَا مُؤَنَةَ لِحَمْلِهِ ، فَلهِ الْمُطَالَبَةُ بِمِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَهُ رَدُّ الْمِثْلِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ يَلْحَقُهُ . وَإِنْ كَانَ لِحَمْلِهِ مُؤَنَةٌ ، وَقِيَمَتُهُ فِي الْبَلَدِ الَّذِي غَصَبَهُ فِيهِ أَقَلُّ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ رَدُّهُ وَلَا رَدُّ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّا لَا نُكَلِّفُهُ مُؤَنَةَ النَّقْلِ إِلَى بَلَدٍ لَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَهُ فِيهِ ، وَلِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ الْخِيَرَةُ بَيْنَ الصَّبْرِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ فِي بَلَدِهِ ، وَبَيْنَ الْمُطَالَبَةِ فِي الْحَالِ بِقِيَمَتِهِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي غَصَبَهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ رَدُّهُ وَرَدُّ مِثْلِهِ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمُتَقَوِّمَاتِ ، فَلهِ الْمُطَالَبَةُ بِقِيَمَتِهِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي غَصَبَهُ فِيهِ ، وَمتى قَدَرَ عَلَى رَدِّ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ ، رَدَّهَا ، وَاسْتَرْجَعَ / بَدَلَهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَ هَذَا .

١٧/٥ ط

٨٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ غَصَبَهَا حَامِلًا ، فَوَلَدَتْ فِي يَدِهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْوَلَدُ ، أَخَذَهَا سَيِّدُهَا وَقِيَمَةَ وَلَدِهَا ، أَكْثَرَ مَا كَانَتْ قِيَمَتُهُ)

الكلامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي أَمْرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ إِذَا غَصَبَ حَامِلًا مِنَ الْحَيَوَانِ ،

(٨) سقط من : ب .

(٩) فِي م : « كَانَتْ » .

أُمَّةٌ^(١) أو غيرَها ، فالوَلَدُ مَضْمُونٌ ، كذلك لو غَصَبَهَا^(٢) حائِلًا^(٣) ، فَحَمَلَتْ عنده ، وولَدَتْ ، ضَمِنَ وَلَدُهَا . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يَجِبُ ضَمَانُ الْوَلَدِ فِي الصُّورَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَغْصُوبٍ ، إِذِ الْعَصَبُ فِعْلٌ مَحْظُورٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، فَإِنَّ الْمَوْجُودَ ثُبُوتُ الْيَدِ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ فِعْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ اثْبَتَى عَلَى وُجُودِ الْوَلَدِ ، وَلَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا ضَمِنَ خَارِجَ الْوَعَاءِ ضَمِنَ مَا^(٤) فِيهِ ، كَالدَّرَّةِ فِي الصَّدْفَةِ ، وَالْجَوْزِ ، وَاللُّوزِ ؛ لِأَنَّهُ مَغْصُوبٌ فَيُضْمَنُ ، كَالْأُمِّ ، فَإِنَّ الْوَلَدَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْدُوعًا فِي الْأُمِّ ، كَالدَّرَّةِ فِي الْحَقَّةِ ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ كَأَجْزَائِهَا ، وَفِي كُلِّ الْمَوْضِعَيْنِ ، الْأَسْتِيْلَاءُ عَلَى الظَّرْفِ ، وَالْأَسْتِيْلَاءُ عَلَى الْجُمْلَةِ اسْتِيْلَاءٌ عَلَى الْجُزْءِ الْمَطْرُوقِ ، فَإِنْ أَسْقَطْتَهُ مَيْتًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا تُعْلَمُ حَيَاتُهُ ، وَلَكِنْ يَجِبُ مَا نَقَصَتِ الْأُمُّ عَنْ كَوْنِهَا حَامِلًا ، وَإِنَّمَا إِذَا حَدَثَ الْحَمْلُ ، فَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِيهِ . الْأَمْرُ الثَّانِي ، أَنَّهُ^(٥) يَلْزَمُهُ رَدُّ الْمَوْجُودِ مِنَ الْمَغْصُوبِ وَقِيَمَةُ التَّالِيفِ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ التَّالِيفِ لَا تَخْتَلِفُ مِنْ حِينَ الْعَصَبِ إِلَى حِينَ الرَّدِّ ، رَدُّهَا ، وَإِنْ كَانَتْ تَخْتَلِفُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا لِمَعْنَى فِيهِ ، مِنْ كَبِيرٍ وَصِغَرٍ ، وَسِمَنِ وَهَزَالٍ ، وَتَعْلِيمٍ وَنِسْيَانٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنَ الْمَعَانِي الَّتِي تَزِيدُ بِهَا الْقِيَمَةُ وَتُنْقُصُ ، فَالْوَاجِبُ الْقِيَمَةُ أَكْثَرُ مَا كَانَتْ ، لِأَنَّهَا مَغْصُوبَةٌ فِي الْحَالِ^(٦) الَّتِي زَادَتْ فِيهَا ، وَالزَّيَادَةُ لِمَالِكِهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى الْغَاصِبِ ، عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فِيمَا مَضَى ، فَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً حِينَ تَلَفِهَا ، لَزِمَتْهُ قِيَمَتُهَا حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَلْزَمُهُ رَدُّهَا زَائِدَةً ، فَلَزِمَتْهُ قِيَمَتُهَا كَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً قَبْلَ تَلَفِهَا ، ثُمَّ نَقَصَتْ عِنْدَ تَلَفِهَا ، لَزِمَهُ

(١) فِي ب نِيَادَةٌ : « كَانَتْ » .

(٢) فِي ب ، م : « غَصَبَ » .

(٣) الْحَائِلُ : الَّتِي لَمْ تَحْمَلْ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ » .

(٦-٦) فِي ب : « الَّذِي زَادَتْ فِيهِ » .

قِيمَتُهَا حين كانت زائدة ؛ لأنه لو رُدَّهَا ناقصةً لَلَزِمَهُ أَرْشُ نَقْصِهَا ، وهو بَدَلُ الزِّيَادَةِ ، فإذا ضَمِنَ الزِّيَادَةَ مع رَدِّهَا ، ضَمِنَهَا عِنْدَ تَلْفِهَا ، فإن كان اخْتِلَافُهَا لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ ، لم يَضْمَنْ الزِّيَادَةَ ؛ لِأَنَّ نَقْصَانَ^(٧) الْقِيَمَةِ لَدَلَّكَ لَا يُضْمَنُ مع رَدِّ الْعَيْنِ ، فلا يُضْمَنُ عِنْدَ تَلْفِهَا . وَحَمَلَ الْقَاضِي قَوْلَ الْخَرَقِيِّ عَلَى مَا إِذَا اخْتَلَفَتِ الْقِيَمَةُ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، لِأَنَّ أَكْثَرَ الْقِيَمَتَيْنِ فِيهِ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، فَإِذَا تَعَذَّرَ رَدُّهَا ضَمِنَهَا ، كَقِيَمَتِهِ يَوْمَ / التَّلْفِ ، وَإِنَّمَا سَقَطَتِ الْقِيَمَةُ مع رَدِّ الْعَيْنِ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَتَفَارُقُ هَذِهِ الزِّيَادَةُ زِيَادَةَ الْمَعَانِي ؛ لِأَنَّ تِلْكَ تُضْمَنُ مع رَدِّ الْعَيْنِ ، فَكَذَلِكَ مع تَلْفِهَا ، وَهَذِهِ لَا تُضْمَنُ مع رَدِّ الْعَيْنِ ، فَكَذَلِكَ مع تَلْفِهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا سَقَطَتْ بِرَدِّ الْعَيْنِ^(٨) . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ وَجَبَتْ لَمَا سَقَطَتْ بِالرَّدِّ ، كَزِيَادَةِ السَّمَنِ وَالتَّعْلِيمِ^(٩) . قَالَ الْقَاضِي : وَلَمْ أَجِدْ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً بِأَنَّهَا تُضْمَنُ بِأَكْثَرِ الْقِيَمَتَيْنِ ؛ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . فَعَلَى هَذَا تُضْمَنُ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ التَّلْفِ . رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ . وَعَنْ أَنَّهَا تُضْمَنُ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ الْعَصَبِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، لِأَنَّهُ الْوَقْتُ الَّذِي أُرْزِلَ يَدُهُ عَنْهُ فِيهِ^(١٠) فَيَلْزِمُهُ الْقِيَمَةُ حِينَئِذٍ ، كَمَا لَوْ أُلْفَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقِيَمَةَ إِذَا تَثَبَّتْ فِي الذِّمَّةِ حِينَ التَّلْفِ ؛ لِأَنَّ قَبْلَ ذَلِكَ كَانَ الْوَاجِبُ رَدَّ الْعَيْنِ دُونَ قِيَمَتِهَا ، فَاعْتَبِرَتْ تِلْكَ الْحَالَةُ^(١١) ، كَمَا لَوْ لَمْ تَخْتَلِفْ قِيَمَتُهُ . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ إِمْسَاكَ الْمَعْصُوبِ غَضَبٌ ، فَإِنَّهُ فَعَلٌ يَحْرُمُ^(١٢) عَلَيْهِ تَرْكُهُ فِي كُلِّ حَالٍ ، وَمَا رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مِنْ اعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ يَوْمَ الْعَصَبِ ، فَقَالَ الْخَلَّالُ : جَبِنَ أَحْمَدُ عَنْهُ . كَأَنَّهُ رَجَعَ إِلَى قَوْلِهِ الْأَوَّلِ .

(٧) فِي ب : « نَقْص » .

(٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « قَلْنَا » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « وَالتَّعْلِيمِ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١١) فِي ب : « الْحَالِ » .

(١٢) فِي م : « يَجِبُ » .

فصل : وإن كان المَعْصُوبُ من المِثْلِيَّاتِ فَتَلَفَ ، وَجَبَ رَدُّ مِثْلِهِ فَإِنْ فَقِدَ المِثْلُ ، وَجَبَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ انْقِطَاعِ المِثْلِ . وقال القاضى : تَجِبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِ البَدَلِ ؛ لِأَنَّ الواجِبَ المِثْلُ إلى حين قَبْضِ البَدَلِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ وَجَدَ المِثْلُ بَعْدَ فَقْدِهِ ^(١٣) ، لَكَانَ الواجِبُ هُوَ دُونَ القِيَمَةِ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، وأكثر أصحاب الشافعى : تَجِبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ المُحَاكَمَةِ ؛ لِأَنَّ القِيَمَةَ لَمْ تَنْتَقِلْ إلى ذِمَّتِهِ إِلَّا حين حَكَمَ بِهَا الحَاكِمُ . وَلَنَا ، أَنَّ القِيَمَةَ وَجَبَتْ فى الذِّمَّةِ حين انْقِطَاعِ المِثْلِ ، فَاعْتُرِبَتِ القِيَمَةُ حينئِذٍ ، كَتَلَفِ الْمُتَقَرِّمِ ، وَدَلِيلُ وُجُوبِهَا حينئِذٍ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ طَلَبَهَا وَاسْتِيفَاءَهَا ، وَيَجِبُ عَلَى الغَاصِبِ أَدَاؤها ، وَلَا يَنْفَى وُجُوبَ المِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْجُوزٌ عَنْهُ ، وَالتَّكْلِيفُ يَسْتَدْعَى الوُسْعَ ، وَلَأنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ طَلَبَ المِثْلِ وَلَا اسْتِيفَاءَهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْآخَرِ أَدَاؤُهُ ، فَلَمْ يَكُنْ وَاجِبًا كَحَالَةِ المُحَاكَمَةِ . وَأَمَّا إِذَا قَدَرَ عَلَى المِثْلِ بَعْدَ فَقْدِهِ ، فَإِنَّهُ يَعُودُ وَجُوبُهُ ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ قَدَرَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ آدَاءِ البَدَلِ ، فَاشْتَبَهَ الْقُدْرَةَ عَلَى المَاءِ بَعْدَ التَّيْمُمِ ، وَهَذَا لَوْ قَدَرَ عَلَيْهِ بَعْدَ المُحَاكَمَةِ وَقَبْلَ الاسْتِيفَاءِ ، لَأَسْتَحَقَّ ^(١٤) المَالِكُ طَلَبَهُ وَأَخَذَهُ . وَقَدْ رَوَى / عَنْ أَحْمَدَ فى رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ أَرْطَالًا مِنْ كَذَا وَكَذَا : أَعْطَاهُ عَلَى السَّعْرِ يَوْمَ أَخَذَهُ ، لَا يَوْمَ يُحَاسِبُهُ . وَكَذَلِكَ رَوَى عَنْهُ فى حَوَائِجِ البَقَالِ : عَلَيْهِ القِيَمَةُ يَوْمَ الْأَخْذِ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ القِيَمَةَ تُعْتَبَرُ يَوْمَ الْعَصَبِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فى الفَصْلِ قَبْلَ هَذَا . وَيُمْكِنُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْعَصَبِ مِنْ قَبْلِ أَنْ مَا أَخَذَهُ هُنَا بِإِذْنِ مَالِكِهِ ، مَلَكَهُ وَحَلَّ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَتَثْبُتُ قِيمَتُهُ يَوْمَ مَلَكَهُ ، وَلَمْ يَتَغَيَّرْ مَا ثَبَتَ فى ذِمَّتِهِ بِتَغْيِيرِ قِيَمَةِ مَا أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ ، وَالمَعْصُوبُ مِلْكٌ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ ، وَالوَاجِبُ رَدُّهُ لَا قِيَمَتُهُ ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ قِيمَتُهُ فى الذِّمَّةِ يَوْمَ تَلْفِهِ ، أَوْ انْقِطَاعِ مِثْلِهِ ، فَاعْتُرِبَتِ القِيَمَةُ حينئِذٍ ، وَتَغَيَّرَتْ بِتَغْيِيرِهِ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ المَعْصُوبُ بَاقِيًا ، وَتَعَدَّرَ رَدُّهُ ، فَأَوْجَبْنَا رَدَّ قِيَمَتِهِ ، فَإِنَّهُ يُطَالِبُهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهَا ؛ لِأَنَّ القِيَمَةَ لَمْ تَثْبُتْ فى الذِّمَّةِ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَهَذَا يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَخْذِهَا وَالمُطَالَبَةِ بِهَا ، وَبَيْنَ الصَّبْرِ إِلَى

١٨/٥ ظ

(١٣) فى ب : « هذه » .

(١٤) فى الأصل ، ب : « لا يستحق » .

وَقَبَّ إِمَّاكَانِ الرَّدِّ وَمُطَابَلَةِ الْغَاصِبِ بِالسَّعْيِ فِي رَدِّهِ ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُ الْقِيَمَةَ لِأَجْلِ الْحِيلُولَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، فَيُعْتَبَرُ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَلَئِنْ مَلَكَهُ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

٨٦٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ لِلْمَعْصُوبِ أَجْرَةٌ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ رَدُّهُ ، وَأَجْرُ مِثْلِهِ مُدَّةَ مَقَامِهِ فِي يَدَيْهِ)

هذه المسألة تَشْتَمِلُ عَلَى حُكْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، وَجُوبُ رَدِّ الْمَعْصُوبِ . والثاني ، رَدُّ أَجْرَتِهِ . أَمَّا الْأَوَّلُ فَإِنَّ الْمَعْصُوبَ مَتَى كَانَ بَاقِيًا ، وَجَبَ رَدُّهُ ؛ لقول رسول الله ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُرَدَّهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ السَّائِبِ بْنُ يَزِيدَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ لِأَعْبَاءٍ^(٢) جَادًّا ، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا »^(٣) . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٤) . يَعْْنِي أَنَّهُ يَقْصِدُ الْمَرْحَ مَعَ صَاحِبِهِ بِأَخْذِ مَتَاعِهِ ، وَهُوَ جَادٌّ فِي إِذْخَالِ الْعَمِّ وَالْغَيْظِ عَلَيْهِ . وَلَئِنَّهُ أَرَادَ يَدَ الْمَالِكِ عَنْ مِلْكِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَلَزِمَهُ^(٥) إِعَادَتُهَا . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى وَجُوبِ رَدِّ الْمَعْصُوبِ إِذَا كَانَ بَاقِيًا بِحَالِهِ لَمْ يَتَغَيَّرْ ، وَلَمْ يَشْتَبِغْ بِغَيْرِهِ . فَإِنْ غَصَبَ شَيْئًا ، فَبَعْدَهُ ، لَزِمَهُ^(٦) رَدُّهُ ، وَإِنْ غَرِمَ عَلَيْهِ أَضْعَافَ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ جَنَى بِتَبْعِيْدِهِ ، فَكَانَ ضَرَرُ ذَلِكَ عَلَيْهِ . فَإِنْ قَالَ الْغَاصِبُ : أَخَذْتُ مِنْهُ أَجْرَ رَدِّهِ ، وَتَسَلَّمَهُ مِنْهُ هَهُنَا . أَوْ بَدَّلَ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَلَا يَسْتَرِدُّهُ ، لَمْ^(٧) يَلْزَمْ /

١٩/٥ و

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٢ .

(٢) في ب زيادة : « ولا » .

(٣) في الأصل : « فله ردها » .

(٤) في : باب من يأخذ الشيء على المزاح ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢ / ٥٩٧ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلما ، من أبواب الفتن . عارضة الأحمدي

٥ / ٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٢٢١ .

(٥) في الأصل : « فلزمته » .

(٦) في ب ، م : « فلزم » .

(٧) في الأصل : « ولم » .

المَالِكُ قَبُولُ ذَلِكَ ^(٨) ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ قَالَ الْمَالِكُ : دَعُهُ لِي فِي مَكَانِهِ الَّذِي تَقَلَّتْهُ إِلَيْهِ . لَمْ يَمْلِكِ الْغَاصِبُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ عَنْهُ حَقًّا فَسَقَطَ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ دَيْنِهِ . وَإِنْ قَالَ : رُدُّهُ لِي إِلَى بَعْضِ الطَّرِيقِ . لَزِمَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ جَمِيعُ الْمَسَافَةِ ، فَلَزِمَهُ بَعْضُهَا الْمَطْلُوبُ ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَا أَسْقَطَهُ . وَإِنْ طَلَبَ مِنْهُ حَمَلَهُ إِلَى مَكَانٍ آخَرَ فِي غَيْرِ طَرِيقِ الرَّدِّ ، لَمْ يَلْزَمِ الْغَاصِبُ ذَلِكَ ، سَوَاءً كَانَ أَقْرَبَ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي يَلْزَمُهُ رَدُّهُ إِلَيْهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ . وَإِنْ قَالَ : دَعُهُ فِي مَكَانِهِ ، وَأَعْطِنِي أَجْرَ رَدِّهِ . لَمْ يُجْبَرْ عَلَى إِجَابَتِهِ ؛ لِذَلِكَ . وَمَهْمَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لُهُمَا ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ شَيْئًا ، فَشَعَلَهُ بِمِلْكِهِ ، كَخَيْطٍ خَاطَ بِهِ ثَوْبًا ، أَوْ نَحْوَهُ ، أَوْ حَجَرًا بَنَى عَلَيْهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ بَلَى الْخَيْطُ ، أَوْ انْكَسَرَ الْحَجَرُ ، أَوْ كَانَ مَكَانُهُ خَشْبَةً فَتَلَفَتْ ، لَمْ يَأْخُذْ بِرَدِّهِ ، وَوَجِبَتْ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ هَالِكًا ، فَوَجِبَتْ قِيمَتُهُ . وَإِنْ كَانَ بَاقِيًا بِحَالِهِ ، لَزِمَهُ ^(٩) رَدُّهُ ، وَإِنْ انْتَقَصَ الْبِنَاءُ ، وَتَفَصَّلَ الثَّوْبُ . وَهَذَا قَالَ الْمَالِكُ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ رَدُّ الْخَشْبَةِ وَالْحَجَرِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ تَابِعًا لِمِلْكِهِ يَسْتَضِيرُّ بِقَلْعِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ رَدُّهُ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ خَيْطًا فَخَاطَ بِهِ جُرْحَ عَبْدِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَعْصُوبٌ أَمْكَنَ رَدُّهُ ، وَيجوزُ لَهُ فَوَجَبَ ، كَمَا لَوْ بَعَدَ الْعَيْنُ ، وَلَا يُشْبِهُ الْخَيْطَ الَّذِي يُخَافُ عَلَى الْعَبْدِ مِنْ قَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ رَدُّهُ ، لِمَا فِي ضِمْنِهِ مِنْ تَلَفِ الْآدَمِيِّ . وَلِأَنَّ حَاجَتَهُ إِلَى ذَلِكَ تُبَيِّحُ أَخْذَهُ ابْتِدَاءً ، بِخِلَافِ الْبِنَاءِ ، وَإِنْ خَاطَ بِالْخَيْطِ جُرْحَ حَيَوَانٍ ، فَذَلِكَ عَلَى أَقْسَامٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَخِيطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ لَا حُرْمَةَ لَهُ ، كَالْمُرْتَدِّ وَالْخَنْزِيرِ وَالْكَلْبِ الْعُقُورِ ، فَيَجِبُ نَزْعُهُ وَرَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَضَمَّنُ ^(١٠) تَقْوِيَتَ ذِي حُرْمَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ خَاطَ بِهِ ثَوْبًا . وَالثَّانِي ، أَنْ يَخِيطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ مُحْتَرَمٍ ، لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ ،

(٨) سقط من : ب .

(٩) في الأصل : لزم .

(١٠) في م : يتضمن .

كَالْأَدَمِيِّ ، فَإِنْ خِيفَ مِنْ نَزْعِهِ الْهَلَاكُ أَوْ إِنْطَاءُ بُرْتِهِ ، فَلَا يَجِبُ نَزْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَيَوَانَ
 أَكَّدَ حُرْمَةَ مِنْ عَيْنِ الْمَالِ ، وَهَذَا يَجُوزُ لَهُ اخْتِذُ^(١١) مَالٍ غَيْرِهِ لِيَحْفَظَ حَيَاتَهُ ، وَإِثْلَافُ الْمَالِ
 لِيَتَبَقَّيْتَهُ ، وَهُوَ مَا يَأْكُلُهُ . وَكَذَلِكَ الدَّوَابُّ الَّتِي لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهَا ، كَالْبَعْلِ وَالْحِمَارِ
 الْأَهْلِيِّ . الثَّالِثُ ، أَنْ يَخِيطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ مَا كُوِلَ ، فَإِنْ كَانَ مِلْكًا لغيرِ الْغَاصِبِ ،
 وَخِيفَ ثَلْفُهُ / بِقَلْعِهِ ، لَمْ يُقْلَعْ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِصَاحِبِهِ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ ، وَلَا
 يَجِبُ إِثْلَافُ مَالٍ مَنْ لَمْ يَجْنِ صَيَانَهُ لِمَالٍ آخَرَ ، وَإِنْ كَانَ الْحَيَوَانُ لِلْغَاصِبِ ، فَقَالَ
 الْقَاضِي :^(١٢) يَجِبُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ذَبْحَ الْحَيَوَانِ وَالْإِثْفَاعَ بِلَحْمِهِ ، وَذَلِكَ جَائِزٌ ،
 وَإِنْ حَصَلَ فِيهِ نَقْصٌ عَلَى الْغَاصِبِ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَانِعٍ مِنْ وُجُوبِ رَدِّ الْمَغْصُوبِ ،
 كَنَقْصِ الْبِنَاءِ لِرَدِّ الْحَجَرِ الْمَغْصُوبِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
 هَذَا . وَالثَّانِي ، لَا يَجِبُ قَلْعُهُ ؛ لِأَنَّ لِلْحَيَوَانِ حُرْمَةً فِي نَفْسِهِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ
 ذَبْحِ الْحَيَوَانِ لغيرِ مَا كَلَهُ^(١٣) . وَلَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ
 بَيْنَ مَا يُعَدُّ لِلْأَكْلِ مِنَ الْحَيَوَانِ ، كَبِهِيمَةِ الْأَنْعَامِ وَالذَّجَاجِ وَأَكْثَرِ الطَّيْرِ ، وَبَيْنَ مَا لَا يُعَدُّ
 لَهُ ، كَالْخَيْلِ وَالطَّيْرِ الْمَقْصُودِ صَوْتُهُ ؛ فَالْأَوَّلُ يَجِبُ ذَبْحُهُ إِذَا تَوَقَّفَ رَدُّ الْمَغْصُوبِ
 عَلَيْهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّ ذَبْحَهُ إِثْلَافٌ لَهُ ، فَجَرَى مَجْرَى مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ .
 وَمتى أُمَكِّنَ رَدُّ الْخَيْطِ مِنْ غَيْرِ ثَلْفِ الْحَيَوَانِ ، أَوْ ثَلْفِ بَعْضِ أَعْضَائِهِ ، أَوْ ضَرَرٍ كَثِيرٍ ،
 وَجَبَ رَدُّهُ .

١٩/٥ ظ

فصل : وَإِنْ غَصَبَ فَصِيلًا ، فَأَدْخَلَهُ دَارَهُ ، فَكَبِّرَ وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الْبَابِ ، أَوْ حَشَبَةً
 وَأَدْخَلَهَا دَارَهُ ، ثُمَّ بَنَى الْبَابَ ضَيِّقًا ، لَا يَخْرُجُ مِنْهُ إِلَّا بِنَقْضِهِ ، وَجَبَ نَقْضُهُ ، وَرَدُّ
 الْفَصِيلِ وَالْحَشَبَةِ ، كَمَا يَنْقُضُ الْبِنَاءُ لِرَدِّ السَّاجَةِ^(١٤) ، فَإِنْ كَانَ حُصُولُهُ فِي الدَّارِ بِغَيْرِ

(١١) سقط من : م .

(١٢) في م زيادة : لا .

(١٣) في ب ، م : أكله .

وأخرجه النسائي ، في : باب إباحة صيد العصافير ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧ / ١٨٣ . وذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص ، وعزاه إلى أبي داود في المراسيل . تلخيص الحبير ٣ / ٥٥ .

(١٤) الساج : نوع من الخشب .

تَفْرِيطٍ مِنْ صَاحِبِ الدَّارِ ، ^(١٥) نَقَضَ الْبَابَ ، وَضَمَّاهُ عَلَى صَاحِبِ الْفَصِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لِتَحْلِيصِ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ صَاحِبِ الدَّارِ ^(١٥) . وَأَمَّا الْحَشْبَةُ فَإِنْ كَانَ كَسْرُهَا أَكْثَرَ ضَرَرًا مِنْ نَقْضِ الْبَابِ ، فَهِيَ كَالْفَصِيلِ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلُ ، كُسِرَتْ . وَيَحْتَمِلُ فِي الْفَصِيلِ مِثْلَ هَذَا ، فَإِنَّهُ مَتَى كَانَ ذُبْحُهُ أَقْلُ ضَرَرًا ، ذُبِحَ وَأُخْرِجَ لَحْمُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْحَشْبَةِ ، وَإِنْ كَانَ حُصُولُهُ فِي الدَّارِ يُعْدَوَانِ مِنْ صَاحِبِهِ ، كَرَجُلٍ غَضَبَ دَارًا فَأَدْخَلَهَا فَصِيلًا ، أَوْ حَشْبَةً ، أَوْ تَعَدَّى عَلَى إِنْسَانٍ ، فَأَدْخَلَ دَارَهُ فَرَسًا وَنَحْوَهَا ، كُسِرَتْ الْحَشْبَةُ ، وَذُبِحَ الْحَيَوَانُ ، وَإِنْ زَادَ ضَرَرُهُ عَلَى نَقْضِ الْبِنَاءِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ هَذَا الضَّرَرِ عُذْوَانَهُ ، فَيُجْعَلُ عَلَيْهِ دُونُ غَيْرِهِ . وَلَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا خَوَابِي ^(١٦) لَا تَخْرُجُ إِلَّا بِنَقْضِ الْبَابِ ، أَوْ خَزَائِنِ أَوْ حَيَوَانٍ ، وَكَانَ نَقْضُ الْبَابِ أَقْلَ ضَرَرًا مِنْ بَقَاءِ ذَلِكَ فِي الدَّارِ ، أَوْ تَفْصِيلِهِ ، أَوْ ذُبْحِ الْحَيَوَانِ ، نُقِضَ ، وَكَانَ إِصْلَاحُهُ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لِتَحْلِيصِ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ ضَرَرًا ، لَمْ يُنْقَضْ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهِ ، وَيَصْطَلِحَانِ عَلَى ذَلِكَ ، إِمَّا بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ مُشْتَرِي الدَّارِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ غَضَبَ جَوْهَرَةً ، / فَأَبْتَلَعَتْهَا بِهَيْمَةً ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : حُكْمُهَا حُكْمُ الْحَيْطِ الَّذِي نَخَاطَ بِهِ جُرْحَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْجَوْهَرَةَ مَتَى كَانَتْ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الْحَيَوَانِ ، ذُبِحَ الْحَيَوَانُ ، وَرُدَّتْ إِلَى مَالِكِهَا ، وَضَمَّانُ الْحَيَوَانِ عَلَى الْغَاصِبِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ آدَمِيًّا . وَفَارَقَ ^(١٧) الْحَيْطُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْغَالِبِ أَقْلُ قِيَمَةٍ مِنَ الْحَيَوَانِ ، وَالْجَوْهَرَةُ أَكْثَرُ قِيَمَةٍ ، فَفِي ذُبْحِ الْحَيَوَانِ رِعَايَةُ حَقِّ الْمَالِكِ بِرَدِّ عَيْنِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، وَرِعَايَةُ حَقِّ الْغَاصِبِ بِتَقْلِيلِ الضَّمَّانِ عَلَيْهِ . وَإِنْ ابْتَلَعَتْ شَاةُ رَجُلٍ جَوْهَرَةً آخَرَ غَيْرَ مَغْصُوبَةٍ ، وَلَمْ يُمْكِنْ إِخْرَاجُهَا إِلَّا بِذُبْحِ الشَّاةِ ، ذُبِحَتْ إِذَا كَانَ ضَرَرُ ذُبْحِهَا أَقْلَ ، وَكَانَ ضَمَّانُ نَقْصِهَا عَلَى صَاحِبِ الْجَوْهَرَةِ ؛ لِأَنَّهُ لِتَحْلِيصِ مَالِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ التَّفْرِيطُ مِنْ صَاحِبِ

(١٥-١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) الخافية : وعاء الماء الذي يحفظ فيه .

(١٧) في الأصل : « ويفارق » .

الشاة ، بكون يده عليها ، فلا شيء ^(١٨) على صاحب ^(١٩) الجوهره ؛ لأن التفريط من صاحب الشاة ، فالضرر عليه . وإن أدخلت رأسها في قمقم ، فلم يمكن إخراجها ^(٢٠) إلا بذبحها ، وكان الضرر في ذبحها أقل ، ذبحت . وإن كان الضرر في كسر القمقم أقل ، كسر القمقم ، وإن كان التفريط من صاحب الشاة ، فالضمان عليه ، وإن كان التفريط من صاحب القمقم ، بأن وضعه في الطريق ، فالضمان عليه ، وإن لم يكن منهما ^(٢١) تفريط ، فالضمان على صاحب الشاة إن كسر القمقم ؛ لأنه كسر لتخليص شاته ، وإن ذبحت الشاة ، فالضمان على صاحب القمقم ؛ لأنه لتخليص قمقمه ، فإن قال من عليه الضمان منهما : أنا أثلف مالي ، ولا أغرم شيئا لآخر . فله ذلك ؛ لأن إثلاف مال الآخر إنما كان لحقه ، وسلامة ماله وتخليصه ، فإذا رضى بتلفه ، لم يجز إثلاف غيره . وإن قال : لا أثلف مالي ، ولا أغرم شيئا ، لم تمكنه من إثلاف مال صاحبه ، لكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء ؛ لأن القمقم لا حرمة له ، فلا يجبر صاحبه على تخليصه ، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها ؛ لما فيه من تعذيب الحيوان ، فيقال له : إما أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب ، وإما أن تغرم القمقم لصاحبه ، إذا كان كسره أقل ضررا ، ويخلصها ؛ لأن ذلك من ضرورة إبقائها أو تخليصها من العذاب ، فلزمه ، كعلفها . وإن كان الحيوان غير مأكول ، احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا . واحتمل أن يكسر القمقم . وهو قول أصحابنا ؛ لأنه لا نفع في ذبحه ، ولا هو مشروع ، وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ^(٢٢) . ويحتمل أن يجري مجرى المأكول في أنه متى كان قتله أقل ضررا ، وكانت الجنابة من صاحبه ، قتل ؛ / لأن حرمة معارضة لحرمة الآدمي الذي يتلف

٢٠/٥ ظ

(١٨-١٩) في ب ، م : « لصاحب » .

(١٩) في ب ، م : « إخراجها » .

(٢٠) في الأصل : « منه » .

(٢١) في م : « أكله » .

مَالَهُ ، وَالنَّهْيُ عَنْ ذَبْحِهِ مُعَارِضٌ بِالنَّهْيِ عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ ، وَفِي كَسْرِ الْقَمْقَمِ مَعَ كَثْرَةِ قِيَمَتِهِ إِضَاعَةٌ لِلْمَالِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ دِينَارًا ، فَوَقَعَ فِي مِحْبَرَتِهِ ، أَوْ أَخَذَ دِينَارَ غَيْرِهِ ، فَسَهَا فَوَقَعَ فِي مِحْبَرَتِهِ ، كُسِرَتْ ، وَرَدَّ الدِّينَارَ ، كَمَا يُنْقَضُ الْبِنَاءُ لِرَدِّ السَّاجَةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ دِرْهَمًا أَوْ أَقْلَ مِنْهُ ، وَإِنْ وَقَعَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ ، كُسِرَتْ لِرَدِّ الدِّينَارِ إِنْ أَحَبَّ صَاحِبُهُ ، وَالضَّمَانُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لِتَحْلِيصِ مَالِهِ . وَإِنْ غَصَبَ دِينَارًا ، فَوَقَعَ فِي مِحْبَرَةِ آخَرَ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ أَوْ بغيرِ^(٢٢) فِعْلِهِ ، كُسِرَتْ لِرَدِّهِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ ضَمَانُ الْمِحْبَرَةِ ؛ لِأَنَّهُ السَّبَبُ فِي كَسْرِهَا . وَإِنْ كَانَ كَسْرُهَا أَكْثَرَ ضَرَرًا مِنْ تَبْقِيَةِ الْوَاقِعِ فِيهَا ، ضَمِنَهُ الْغَاصِبُ ، وَلَمْ تُكْسَرْ . وَإِنْ رَمَى إِنْسَانٌ دِينَارَهُ فِي مِحْبَرَةِ غَيْرِهِ^(٢٣) عُذْوَانًا^(٢٤) ، فَأَبَى صَاحِبُ الْمِحْبَرَةِ كَسْرَهَا ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ تَعَدَّى بِرَمِيهِ فِيهَا ، فَلَمْ يُجْبَرْ صَاحِبُهَا عَلَى إِثْلَافِ مَالِهِ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ عُذْوَانِهِ عَنْ نَفْسِهِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ نَقْصُ الْمِحْبَرَةِ بِوُقُوعِ الدِّينَارِ فِيهَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى كَسْرِهَا لِرَدِّ عَيْنِ مَالِ الْغَاصِبِ ، وَيَضْمَنُ الْغَاصِبُ قِيَمَتَهَا ، كَمَا لَوْ غَرَسَ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ ، مَلَكٌ حَفَرَ الْأَرْضَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ لِأَخِذِ غَرْسِهِ ، وَيَضْمَنُ نَقْصَهَا بِالْحَفْرِ . وَعَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ ، لَوْ كَسَرَهَا الْغَاصِبُ قَهْرًا ، لَمْ يَلْزَمَهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهَا .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ لَوْحًا ، فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَى السَّاحِلِ ، لَزِمَ قَلْعُهُ وَرَدُّهُ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي لُجَةِ الْبَحْرِ ، وَاللُّوْحُ فِي أَعْلَاهَا ، بِحَيْثُ لَا تَغْرُقُ بِقَلْعِهِ ، لَزِمَ قَلْعُهُ ، وَإِنْ خِيفَ غَرْقُهَا بِقَلْعِهِ ، لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى تَخْرُجَ إِلَى السَّاحِلِ ، وَلِصَاحِبِ اللَّوْحِ طَلَبُ قِيَمَتِهِ ، فَإِذَا امْكَنَ رَدُّ اللَّوْحِ ، اسْتَرْجَعَهُ وَرَدَّ الْقِيَمَةَ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ عَبْدًا فَأَبَقَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ فِيهَا حَيَوَانٌ لَهُ حُرْمَةٌ ، أَوْ مَالٌ لغيرِ الْغَاصِبِ ، لَمْ يُقْلَعْ ، كَالْحَيْطِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا مَالٌ لِلْغَاصِبِ ، أَوْ لَا مَالَ فِيهَا ، فَفِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقْلَعُ .

(٢٢) فِي ب ، م ، « غَيْرِ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٤) فِي ب زِيَادَةٌ : « وَظِلْمًا » .

والثاني : يُقْلَعُ في الحال ؛ لأنه أُمْكَنَ رَدُّ الْمَعْصُوبِ ، فَلَزِمَ وإن أَدَّى إلى تَلْفِ الْمَالِ ، كَرَدِّ السَّاجَةِ الْمَبْنِيَّ عليها . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . ولنا ، أنه أُمْكَنَ رَدُّ الْمَعْصُوبِ من غيرِ إِثْلَافٍ ، فلم يَجْزِ الإِثْلَافُ ، كما لو كان فيها مَالٌ غَيْرِهِ . وفَارَقَ السَّاجَةَ في الْبِنَاءِ ، فإنه لا يُمَكِّنُ رَدُّهَا من غيرِ إِثْلَافٍ .

و ٢١/٥

فصل : وإذا غَصَبَ شَيْئًا ، فَخَلَطَهُ بما يُمَكِّنُ تَمْيِيزَهُ / منه ، كَحِنْطَةٍ بِشَعِيرٍ أو سِمْسِيمٍ ، أو صِغَارِ الْحَبِّ بِكِبَارِهِ ، أو زَبِيبِ أَسْوَدَ بِأَحْمَرٍ ، لَزِمَهُ تَمْيِيزُهُ ، وَرَدُّهُ ، وَأَجْرُ الْمُتَمَيِّزِ عليه ، وإن لم يُمَكِّنْ تَمْيِيزُ جَمِيعِهِ ، وَجَبَ تَمْيِيزُهُ ما أُمْكَنَ ، وإن لم يُمَكِّنْ تَمْيِيزُهُ ، فهو على خَمْسَةِ أَضْرُبٍ ؛ أَحَدُهَا ، أن يَخْلُطَهُ بِمِثْلِهِ من جِنْسِهِ ، كزَيْتٍ بِزَيْتٍ ، أو حِنْطَةٍ بِمِثْلِهَا ، أو دَقِيقٍ بِمِثْلِهِ ، أو دَنَانِيرٍ أو دَرَاهِمَ بِمِثْلِهَا ، فقال ابنُ حَامِدٍ : يَلْزَمُهُ مِثْلُ الْمَعْصُوبِ منه . وهو ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لأنه نَصٌّ على أَنَّهُ يَكُونُ شَرِيكًا بِهِ إذا خَلَطَهُ بِغَيْرِ الْجِنْسِ ، فيكونُ تَنْبِيْهُهَا على ما إذا خَلَطَهُ بِجِنْسِهِ . وهذا قولُ بعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، إلَّا في الدَّقِيقِ ، فإنه تَجِبُ قِيَمَتُهُ ؛ لأنه عِنْدَهُمْ ليس بِمِثْلِيٍّ . وقال القاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ مِثْلُهُ ، إن شَاءَ مِنْهُ ، وإن شَاءَ مِنْ غَيْرِهِ ؛ لأنه تَعَذَّرَ عَلَيْهِ ^(٢٥) رَدُّ عَيْنِ مَالِهِ بِالْخَلْطِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ ؛ لأنه لا يَتَمَيَّزُ لَهُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ . ولنا ، أَنَّهُ قَدَرَ على دَفْعِ بعضِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، مع رَدِّ الْمِثْلِ في الْبَاقِي ، فلم يَنْتَقِلْ إلى الْمِثْلِ في الْجَمِيعِ ، كما لو غَصَبَ صَانِعًا ، فَتَلَفَ نِصْفَهُ ، وذلك لأنه إذا دَفَعَ إِلَيْهِ مِنْهُ ، فَقَدْ دَفَعَ إِلَيْهِ بعضَ مَالِهِ وَبَدَلَ الْبَاقِي ، فَكَانَ أَوَّلَى مِنْ دَفْعِهِ مِنْ غَيْرِهِ . الضَّرْبُ الثَّانِي والثَّالِثُ والرَّابِعُ ، أن يَخْلُطَهُ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، أو دُونِهِ ، أو بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُمَا شَرِيكَانِ ، يُبَاعُ الْجَمِيعُ ، وَيُدْفَعُ إلى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرُ حَقِّهِ ؛ لأنه قال في رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ ، في رَجُلٍ لَهُ رَطْلٌ زَيْتٍ ، وَآخَرُ لَهُ رَطْلٌ شَيْبَرٌ اخْتَلَطَا : يُبَاعُ الدُّهْنُ كُلُّهُ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرُ حِصَّتِهِ ؛ وذلك لأنَّنا إذا فَعَلْنَا ذَلِكَ ، أَوْصَلْنَا إلى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٢٦) عَيْنَ مَالِهِ ، وإذا

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ب .

أَمَكَّنَ الرَّجُوعُ إِلَى عَيْنِ الْمَالِ ، لَمْ يَرْجَعْ إِلَى الْبَدَلِ . وَإِنْ نَقَصَ الْمَغْصُوبُ عَنْ قِيَمَتِهِ مُنْفَرِدًا ، فَعَلِيَ الْغَاصِبُ ضَمَانُ النِّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِفِعْلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَلْزَمُ الْغَاصِبَ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِالْخَلْطِ مُسْتَهْلَكًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى زَيْتًا فَخَلَطَهُ بِزَيْتِهِ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، صَارَ الْبَائِعُ كَبَعْضِ^(٢٧) الْغُرْمَاءِ ، وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْوُصُولُ إِلَى عَيْنِ مَالِهِ ، فَكَانَ لَهُ بَدْلُهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ تَالِفًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ عَلَى مَا إِذَا اخْتَلَطَ مِنْ غَيْرِ غَضَبٍ ، فَأَمَّا الْمَغْصُوبُ ، فَقَدْ وَجَدَ مِنَ الْغَاصِبِ مَا مَنَعَ الْمَالِكَ مِنْ اخْتِذِ حَقِّهِ مِنَ الْبِشَائِلَاتِ مُمَيِّزًا ، فَلَزِمَهُ مِثْلُهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ ، إِلَّا بَأَنْ / خَلَطَهُ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، وَبَذَلَ لِصَاحِبِهِ مِثْلَ حَقِّهِ مِنْهُ ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَلَ إِلَيْهِ بَعْضَ حَقِّهِ بِعَيْنِهِ ، وَتَبَرَّعَ بِالزِّيَادَةِ فِي مِثْلِ الْبَاقِي . وَإِنْ خَلَطَهُ بِأَذَوْنَ مِنْهُ ، فَضَيَّ الْمَالِكُ بِأَخِذٍ قَدَرِ حَقِّهِ مِنْهُ ، لَزِمَ الْغَاصِبَ بَدْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ رَدُّ بَعْضِ الْمَغْصُوبِ وَرَدُّ مِثْلِ الْبَاقِي مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُ الْغَاصِبَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ انْتَقَلَ إِلَى الذِّمَّةِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى غَيْرِ^(٢٨) مَالٍ ، وَإِنْ بَدَّلَهُ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ فَأَبَاهُ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ دُونَ حَقِّهِ . وَإِنْ تَرَاضِيََا بِذَلِكَ ، جَازَ ، وَكَانَ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعًا بِتَرْكِ بَعْضِ حَقِّهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا^(٢٩) عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرُ مِنْ حَقِّهِ مِنَ الرَّدِيِّ ، أَوْ دُونَ حَقِّهِ مِنَ الْجَيِّدِ ، لَمْ يَجْزَ ؛ لِأَنَّهُ رِبَاً ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الزَّائِدَ فِي الْقَدْرِ عَوَضًا عَنِ الْجَوْدَةِ . وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ ، فَضَيَّ بِأَخِذٍ^(٣٠) دُونَ حَقِّهِ مِنَ الرَّدِيِّ ، أَوْ سَمَحَ الْغَاصِبُ فَدَفَعَ أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ مِنَ الْجَيِّدِ ، جَازَ^(٣١) ؛ لِأَنَّهُ لَا مُقَابِلَ لِلزِّيَادَةِ ، وَإِنَّمَا هِيَ تَبَرُّعٌ مُجَرَّدٌ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَتَرَاضِيََا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ حَقِّهِ أَوْ أَقَلَّ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ بَدْلُهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَلَا تُحْرَمُ الزِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا . الضَّرْبُ الْخَامِسُ ، أَنْ يَخْلِطَهُ بِمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ ، كَزَيْتٍ خَلَطَهُ بِمَاءٍ ، أَوْ لَبَنٍ شَابَهُ بِمَاءٍ ، فَإِنْ أَمَكَّنَ تَخْلِيصَهُ

ط ٢١/٥

(٢٧) فِي م : ١ : كَأَسْوَةٍ .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : ١ : عَيْنٌ .

(٢٩) فِي م : ١ : اتَّفَقَ .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٢) فِي م : ١ : جَامِ .

خَلَصَهُ وَرَدَّ نَقْصَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ تَخْلِيصُهُ ، أَوْ كَانَ ذَلِكَ يُفْسِدُهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِمِثْلِهِ ؛
لَأَنَّهُ صَارَ كَالْهَالِكِ ، وَإِنْ لَمْ يُفْسِدْهُ . رَدَّهُ وَرَدَّ نَقْصَهُ . وَإِنْ اِحْتِيجَ فِي تَخْلِيصِهِ إِلَى غَرَامَةٍ ،
لَزِمَ الْغَاصِبُ ذَلِكَ ؛ لَأَنَّهُ بِسَبَبِهِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، لَمْ يَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَصْبُغَهُ
بِصَبْغٍ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَصْبُغَهُ بِصَبْغٍ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ . الثَّالِثُ ، أَنْ يَصْبُغَهُ بِصَبْغٍ
لِغَيْرِهِمَا .

وَالأَوَّلُ لَا يَحُلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الثَّوْبُ وَالصَّبْغُ بِحَالِهِمَا ، لَمْ
تَزِدْ قِيمَتُهُمَا وَلَمْ تَنْقُصْ ، مِثْلُ إِنْ كَانَتْ قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَةً ، فَصَارَتْ قِيمَتُهُمَا
بَعْدَ الصَّبْغِ عَشْرَةً ، فَهِيَ شَرِيكَانِ ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ عَيْنُ مَالٍ لَهُ قِيمَةٌ ، فَإِنْ تَرَاضَيَا بِتَرْكِهِ
لَهُمَا ، جَازَ ، وَإِنْ بَاعَاهُ ، فَتَمَنَّهُ بَيْنَهُمَا يَصْنَفَيْنِ . الْحَالُ الثَّانِي ، إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهُمَا ،
فَصَارَا يُسَاوِيَانِ عَشْرِينَ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِرِّيَادَةِ الثِّيَابِ فِي السُّوقِ ، كَانَتْ
الرِّيَادَةُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ ، وَإِنْ كَانَتْ لِرِّيَادَةِ الصَّبْغِ فِي السُّوقِ ، فَالرِّيَادَةُ لِصَاحِبِهِ ، وَإِنْ
كَانَتْ لِرِّيَادَتِهِمَا / مَعًا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ زِيَادَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنْ تَسَاوَيَا فِي
الرِّيَادَةِ فِي السُّوقِ ، تَسَاوَى صَاحِبَاهُمَا فِيهِمَا ، وَإِنْ زَادَ أَحَدُهُمَا ثَمَانِيَةً وَالْآخَرُ اثْنَيْنِ ،
فَهِيَ بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ ، وَإِنْ زَادَ بِالْعَمَلِ ، فَالرِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ عَمَلَ الْغَاصِبِ زَادَ بِهِ فِي
الثَّوْبِ وَالصَّبْغِ ، وَمَا عَمِلَهُ فِي الْمَعْصُوبِ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ إِذَا كَانَ أَثَرًا ، وَزِيَادَةُ مَالٍ
الْغَاصِبِ لَهُ . وَإِنْ نَقَصَتْ الْقِيمَةُ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ الْغَاصِبُ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ
نَقَصَ لِأَجْلِ الْعَمَلِ ، فَهُوَ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لَأَنَّهُ بَتَعَدِّيهِ ، فَإِذَا صَارَ قِيمَةُ الثَّوْبِ مَصْبُوغًا
خَمْسَةً ، فَهُوَ كُلُّهُ لِمَالِكِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ النِّقْصَ حَصَلَ بَعْدَوَانِهِ ، فَكَانَ
عَلَيْهِ ، وَإِنْ صَارَتْ قِيمَتُهُ سَبْعَةً ، صَارَ الثَّوْبُ بَيْنَهُمَا ، لِصَاحِبِهِ خَمْسَةُ أَسْبَاعِهِ ،
وَلِصَاحِبِ الصَّبْغِ ^(٣٣) سَبْعَاهُ . وَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ فِي السُّوقِ ، فَصَارَ يُسَاوِي

٢٢/٥ و

(٣٣) فِي الْأَصْلِ : « الثَّوْبُ » خَطَأً .

سَبْعَةٌ ، وَنَقَصَ الصَّبْغُ ، فَصَارَ يُسَاوِي ثَلَاثَةً ، وَكَانَتْ قِيَمَةُ الثَّوْبِ مَصْبُوغًا عَشْرَةً ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، لِصَاحِبِ الثَّوْبِ سَبْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ الصَّبْغِ ثَلَاثَةٌ . وَإِنْ سَاوَى اثْنَى عَشَرَ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، لِصَاحِبِ الثَّوْبِ نِصْفُهَا وَخُمْسُهَا ، وَلِلْغَاصِبِ خُمْسُهَا وَعُشْرُهَا ، وَإِنْ انْعَكَسَ الْحَالُ ، فَصَارَ الثَّوْبُ يُسَاوِي فِي السُّوقِ ثَلَاثَةً ، وَالصَّبْغُ سَبْعَةً ، انْعَكَسَتْ الْقِسْمَةُ^(٣٤) ، فَصَارَ^(٣٥) لِصَاحِبِ الصَّبْغِ هُنَا مَا كَانَ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ فِي الَّتِي قَبْلُهَا وَلِصَاحِبِ الثَّوْبِ مِثْلُ^(٣٦) مَا كَانَ لِصَاحِبِ الصَّبْغِ ؛ لِأَنَّ زِيَادَةَ السَّعْرِ لَا تُضْمَنُ ، فَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ قَلْعَ الصَّبْغِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَهُ ذَلِكَ ، سَوَاءٌ أَضَرَّ بِالثَّوْبِ أَوْ لَمْ يَضُرَّ بِهِ^(٣٦) ، وَيَضْمَنُ نَقْصَ الثَّوْبِ إِنْ نَقَصَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، فَمَلَّكَ أَخْذَهُ ، كَمَا لَوْ غَرَسَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ . وَلَمْ يُفَرِّقْ أَصْحَابُنَا بَيْنَ مَا يَهْلِكُ صِبْغُهُ بِالْقَلْعِ ، وَبَيْنَ مَا لَا يَهْلِكُ . وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ : مَا يَهْلِكُ بِالْقَلْعِ لَا يَمْلِكُ قَلْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ سَفَهٌ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ مَنْ قَلْعُهُ إِذَا تَضَرَّرَ الثَّوْبُ بِقَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الْمُشْتَرَى إِذَا بَنَى أَوْ غَرَسَ فِي الْأَرْضِ الْمَشْفُوعَةِ : فَلَهُ أَخْذُهُ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي أَخْذِهِ ضَرَرٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرَرٌ بِالثَّوْبِ الْمَغْصُوبِ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ مِنْهُ ، كَقَطْعِ خَرْقَةٍ مِنْهُ ، وَفَارَقَ قَلْعَ الْغَرَسِ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ قَلِيلٌ يَحْصُلُ بِهِ نَفْعٌ قَلْعَ الْعُرُوقِ مِنَ الْأَرْضِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ قَلْعَ الصَّبْغِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ إِجْبَارَ / الْغَاصِبِ عَلَيْهِ ، كَمَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى قَلْعِ شَجَرَةٍ مِنْ أَرْضِهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ شَعَلَ مِلْكَهُ بِمِلْكِهِ عَلَى وَجْهِ أَمْكَنْ تَحْلِيصُهُ ، فَلَزِمَهُ تَحْلِيصُهُ ، وَإِنْ اسْتَضَرَّ الْغَاصِبُ ، كَقَلْعِ الشَّجَرِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ ضَمَانُ نَقْصِ الثَّوْبِ ، وَأَجْرُ الْقَلْعِ ، كَمَا يَضْمَنُ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ مَنْ قَلْعِهِ ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ يَهْلِكُ بِالِاسْتِخْرَاجِ ، وَقَدْ أَمْكَنْ

(٣٤) فِي ب ، م : « الْقِيَمَةُ » .

(٣٥) فِي الْأَصْلِ : « فَصَارَتْ » .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : م .

وَصُولُ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ بِدُونِهِ بِالْبَيْعِ ، فلم يُجْبَرْ عَلَى قَلْعِهِ ، كَقَلْعِ الزَّرْعِ مِنَ الْأَرْضِ ، وفَارَقَ الشَّجَرَ ، فَإِنَّهُ لَا يَتَلَفُ بِالْقَلْعِ . قال القاضي : هذا ظاهرُ كلامِ أحمد ، وَلَعَلَّهُ أَخَذَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ فِي الزَّرْعِ ، وهذا^(٣٧) مُخَالَفٌ لِلزَّرْعِ ؛ لِأَنَّ لَهُ غَايَةً يَنْتَهِي إِلَيْهَا ، وَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَخَذَهُ بِنَفَقَتِهِ ، فلا يَمْتَنِعُ عَلَيْهِ اسْتِرْجَاعُ أَرْضِهِ فِي الْحَالِ ، بِخِلَافِ الصَّبْغِ ، فَإِنَّهُ لَا نِهَايَةَ لَهُ إِلَّا تَلَفُ الثَّوْبِ ، فهو أَشْبَهُ بِالشَّجَرِ فِي الْأَرْضِ . وَلَا يَخْتَصُّ وَجُوبُ الْقَلْعِ فِي الشَّجَرِ بِمَا لَا يَتَلَفُ ، فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِ مَا يَتَلَفُ وَمَا لَا يَتَلَفُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . وَإِنْ بَدَّلَ رَبُّ الثَّوْبِ قِيَمَةَ الصَّبْغِ لِلْغَاصِبِ لِيَمْلِكَهُ ، لم يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ اجْتَبَأَ عَلَى بَيْعِ مَالِهِ ، فلم يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كما لو بَدَّلَ لَهُ قِيَمَةَ الْغِرَاسِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى ذَلِكَ إِذَا لم يَقْلَعْهُ ، قِيَاسًا عَلَى الشَّجَرِ ، وَالْبِنَاءِ فِي الْأَرْضِ الْمَشْفُوعَةِ ، وَالْعَارِيَةِ ، وَفِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ إِذَا لم يَقْلَعْهُ الْغَاصِبُ ، وَلأنَّهُ أَمَرَ يَرْتَفِعُ بِهِ التَّزَاوُعُ ، وَيَتَخَلَّصُ بِهِ أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كما ذَكَرْنَا . وَإِنْ بَدَّلَ الْغَاصِبُ قِيَمَةَ الثَّوْبِ لِصَاحِبِهِ لِيَمْلِكَهُ ، لم يُجْبَرْ عَلَى ذَلِكَ ، كما لو بَدَّلَ صَاحِبُ الْغِرَاسِ قِيَمَةَ الْأَرْضِ لِمَالِكِهَا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ . وَإِنْ وَهَبَ الْغَاصِبُ الصَّبْغَ لِمَالِكِ الثَّوْبِ ، فهل يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ صَارَ مِنْ صِفَاتِ الْعَيْنِ ، فهو كزِيَادَةِ الصِّفَةِ^(٣٨) فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ . الثَّانِي ، لَا يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ عَيْنٌ يُمْكِنُ إِفْرَادُهَا ، فلم يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهَا . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الصَّدَاقِ : إِذَا كَانَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ^(٣٩) ، فَبَذَلَتْ لَهُ نَصْفَهُ مَصْبُوعًا ، لَرِمَهُ قَبُولُهُ . وَإِنْ أَرَادَ الْمَالِكُ بَيْعَ الثَّوْبِ ، وَأَبَى الْغَاصِبُ ، فله بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، فلا يَمْلِكُ الْغَاصِبُ مَنَعَهُ مِنْ بَيْعِ مِلْكِهِ بَعْدَ وَانِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْغَاصِبُ بَيْعَهُ ، لم يُجْبَرِ الْمَالِكُ عَلَى بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ

(٣٧) فِي ب : « وَهُوَ » .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « الصَّبْغَةُ » .

(٣٩) فِي ١ ، ب : « فغصبه » .

مَتَعَدٌّ ، فلم يَسْتَحِقْ إِزَالََةَ مِلْكٍ صَاحِبِ الثَّوْبِ عَنْهُ بِعُدْوَانِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجَبَّرَ لِيَصِلَ
الغَاصِبُ إِلَى ثَمَنِ صَبِغِهِ .

القسم الثاني ، أن يَغْصِبَ ثَوْبًا وَصَبِغًا مِنْ وَاحِدٍ ، فَيَصْبِغُهُ بِهِ ، فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتُهُمَا وَلَمْ
تَنْقُصْ ، رَدَّهُمَا / وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ فَهِيَ لِلْمَالِكِ ، وَلَا شَيْءَ لِلغَاصِبِ ؛
لأنَّهُ (٤٠) إِنَّمَا لَهُ فِي الصَّبِغِ أَثَرٌ لَا عَيْنٌ . وَإِنْ نَقَصَتْ بِالصَّبِغِ ، فعلى الغَاصِبِ ضَمَانٌ
النَّقْصِ ؛ لأنَّهُ يَتَعَدَّىهِ . وَإِنْ نَقَصَ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ لَمْ يَضْمَنْهُ .

القسم الثالث ، أن يَغْصِبَ ثَوْبَ رَجُلٍ وَصَبِغَ آخَرَ ، فَيَصْبِغُهُ بِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ
الْقِيَمَتَانِ بِحَالِهِمَا ، فهما شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالِهِمَا ، وَإِنْ زَادَتْ ، فَالزَّيَادَةُ لهما ، وَإِنْ
نَقَصَتْ بِالصَّبِغِ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الغَاصِبِ ، وَيَكُونُ النَّقْصُ مِنْ صَاحِبِ الصَّبِغِ ؛ لأنَّهُ
تَبَدَّدَ فِي الثَّوْبِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الغَاصِبِ ، وَإِنْ نَقَصَ لِنَقْصِ سِغَرِ الثِّيَابِ ، أَوْ سِغَرِ
الصَّبِغِ ، أَوْ لِنَقْصِ مِغَرِّهِمَا ، لَمْ يَضْمَنْهُ الغَاصِبُ ، وَكَانَ نَقْصُ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ
صَاحِبِهِ . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الصَّبِغِ قَلْعَهُ ، أَوْ أَرَادَ ذَلِكَ صَاحِبُ الثَّوْبِ ، فَحُكْمُهُمَا
حُكْمُ مَالٍ صَبَّغَهُ الغَاصِبُ بِصَبِغٍ مِنْ عِنْدِهِ ، عَلَى مَا مَرَّ بَيَانُهُ . وَإِنْ غَصَبَ عَسَلًا
وَنَشَاءً ، وَعَقْدَهُ حُلُوءًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَالٍ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، عَلَى مَا ذُكِرَ فِيهِ .
الحكم الثاني ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ لِلْمَغْصُوبِ أَجْرٌ ، فعلى الغَاصِبِ أَجْرٌ مِثْلُهُ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي
يَدَيْهِ ، سِوَاءِ اسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ أَوْ تَرَكَهَا تَذَهَبُ . هَذَا هُوَ الْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ . نَصُّ
عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمْ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَضْمَنُ الْمَنَافِعَ . وَهُوَ
الَّذِي نَصَرَهُ أَصْحَابُ مَالِكٍ . وَقَدْ رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكِيمِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ غَصَبَ
دَارًا فَسَكَنَهَا عِشْرِينَ سَنَةً : لَا أُجْتَرِي أَنْ أَقُولَ عَلَيْهِ سَكَنَ مَا سَكَنَ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى
تَوْفِيقِهِ عَنْ إِيْجَابِ الْأَجْرِ ، إِلَّا أَنْ أَبَا بَكْرٍ قَالَ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَكِيمِ
مَاتَ قَبْلَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ بِعِشْرِينَ سَنَةً . وَاحْتَجَّ مَنْ لَمْ يُوجِبِ الْأَجْرَ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :

(٤٠) فِي ب ، م : د وَلَئِنْ .

« الْخَرَّاجُ بِالضَّمَانِ »^(٤١) . وَضَمَّانُهَا عَلَى الْغَاصِبِ ، وَلَأنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَفَعَةً بِغَيْرِ عَقْدٍ وَلَا شُبْهَةِ مِلْكٍ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ زَنَى بِأَمْرَأَةٍ مُطَاوَعَةٍ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ مَا ضَمِنَهُ بِالِاتِّلَافِ^(٤٢) فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ ، جَازَ أَنْ يَضْمَنَهُ بِمُجَرَّدِ الْإِتْلَافِ ، كَالْأَعْيَانِ ، وَلَأنَّهُ أَتْلَفَ مُتَقَوِّمًا ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ ، كَالْأَعْيَانِ . أَوْ نَقُولُ : مَالٌ مُتَقَوِّمٌ مَعْصُوبٌ ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ ، كَالْعَيْنِ . فَأَمَّا الْخَبْرُ ، فَوَارِدٌ فِي الْبَيْعِ^(٤٣) وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْغَاصِبُ ؛ لِأنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ الْإِثْفَاعُ بِالْمَعْصُوبِ بِالْإِجْمَاعِ ، وَلَا يُشْبِهُ الزَّئِي ؛ لِأنَّهَا رَضِيَتْ بِإِتْلَافٍ مَنَافِعَهَا بِغَيْرِ عَوْضٍ ، وَلَا عَقْدٍ يَقْتَضِي الْعَوْضَ ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَعَارَهُ دَارَهُ . وَلَوْ أَكْرَهَهَا عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ مَهْرُهَا . وَالْخِلَافُ فِي مَالِهِ مَنَافِعٌ تُسْتَبَاحُ بِعَقْدٍ / الْإِجَارَةِ ، كَالْعَقَارِ وَالثِّيَابِ وَالذَّوَابِّ وَنَحْوِهَا ، فَأَمَّا الْعَنَمُ وَالشَّجَرُ وَالطَّيْرُ وَنَحْوُهَا ، فَلَا شَيْءَ فِيهَا ؛ لِأنَّهُ لَا مَنَافِعَ لَهَا يُسْتَحَقُّ بِهَا عَوْضٌ . وَلَوْ غَصَبَ جَارِيَةً وَلَمْ يَطْأُهَا ، وَمَضَتْ عَلَيْهَا مَدَّةٌ يُمَكِّنُ الْوَطْءَ فِيهَا ، لَمْ يَضْمَنْ مَهْرَهَا ؛ لِأنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ لَا تُتْلَفُ إِلَّا بِالْإِسْتِيفَاءِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا ، وَلَأنَّهَا لَا تُقَدَّرُ بِزَمَنِ ، فَيَكُونُ مُضِيُّ الزَّمَانِ يَتْلِفُهَا ، بِخِلَافِ الْمَنَفَعَةِ .

٢٣/٥ ظ

فصل : إِذَا غَصَبَ طَعَامًا ، فَأَطْعَمَهُ غَيْرَهُ ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ؛ لِأنَّ الْغَاصِبَ حَالَ بَيْنِهِ وَبَيْنَ مَالِهِ ، وَالْآكِلُ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَقَبْضُهُ عَنْ يَدِ صَاحِبِهِ^(٤٤) بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْآكِلُ عَالِمًا بِالْغَصَبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ؛ لِكَوْنِهِ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ عَالِمًا مِنْ غَيْرِ تَعْرِيرٍ ، فَإِذَا ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْآكِلُ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْآكِلُ بِالْغَصَبِ نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ الْغَاصِبُ قَالَ لَهُ : كُلْهُ ، فَإِنَّهُ طَعَامِي . اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ؛ لِإِعْتِرَافِهِ بِأَنَّ الضَّمَانَ بَاقٍ عَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْآكِلُ شَيْءٌ . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْآكِلِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي

(٤١) تقدم تخريجه في : ٢٢ / ٦ .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) في ب : « الأعيان » .

(٤٤) في م : « ضامنه » .

الجديد ؛ لأنه ضمن ما أئلف ، فلم يرجع به على أحد . والثانية ، يستقر الضمان على الغاصب ؛ لأنه غر الآكل ، وأطعمه على أنه لا يضمنه . وهذا ظاهر كلام الخرقى ؛ لقوله فى المشتري للامة : يرجع بالمهر وكل ما غرم على الغاصب . وأيهما استقر عليه الضمان فغرمه ، لم يرجع على أحد ، فإن غرمه صاحبه ، رجع عليه . وإن أطعم المعصوب لمالكه ، فأكله عالماً أنه طعامه ، برئ الغاصب . وإن لم يعلم ، وقال له الغاصب : كُله ، فإنه طعامى . استقر الضمان على الغاصب ؛ لما ذكرنا ، وإن كانت له بينة بأنه طعام المعصوب منه . وإن لم يقل ذلك ، بل قدمه إليه ، وقال : كُله ، أو قال : قد وهبتك إياه . أو سكت ، فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ ؛ لأنه قال فى رواية الأثرم ، فى رجل ، له قبل رجل ثبعة ، فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية ، فلم يعلم ، فقال : كيف هذا ؟ هذا يرى أنه ^(٤٥) هدية . يقول له : هذا لك عندي . وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الأولى ؛ لأنه ثم رد إليه يده وسلطانه ، وههنا بالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطان ، فإنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد ، من أخذه وبيعه والصدقة به ، فلم يبرأ الغاصب ، كما لو غلفه / لدوابه ^(٤٦) ، ويخرج أن يبرأ بناءً على ما مضى ^(٤٧) ، إذا أطعمه غير مالكه ، فإنه يستقر الضمان على الآكل فى إحدى الروايتين ، فيبرأ ههنا بطريق الأولى . وهذا مذهب أبى حنيفة . وإن وهب المعصوب لمالكه ، أو أهده إليه ، فالصحيح أنه يبرأ ؛ لأنه قد سلمه إليه تسليمًا صحيحًا تامًا ، وزالت يد الغاصب ، وكلام أحمد ، فى رواية الأثرم ، وارد فيما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية ، فأخذ المالك على هذا الوجه ، لا على سبيل العوض ، فلم تثبت المعارضة ، ومسألتنا فيما إذا رد إليه عين ماله ، وأعاد يده التى أزالها . وإن باعه إياه ، وسلمه إليه ، برئ من الضمان ؛ لأنه قبضه بالابتياج ، والابتياج يؤجب الضمان .

(٤٥) فى ب زيادة : « له » .

(٤٦) فى ب : « لدابة مالكه » .

(٤٧) سقط من : الأصل ، ب .

وإن أقرضه إياه ، برئ أيضا ؛ لذلك . وإن أعاره إياه ، برئ أيضا ؛ لأن العارية تُوجب الضمان . وإن أودعه إياه ، أو أجره إياه ، أو رهنه ، أو أسلمه عنده ليقتصره أو يعلمه ، لم يبرأ من الضمان ، إلا أن يكون عالما بالحال ؛ لأنه لم يعد إليه سلطانه ، إنما قبضه على أنه أمانة . وقال بعض أصحابنا : يبرأ ؛ لأنه عاد إلى يده وسلطانه . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والأول أولى ؛ فإنه لو أباحه إياه فأكله ، لم يبرأ ، فهنا أولى .

فصل : إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المعصوب ، ولا بينة لأحدهما ، فالقول قول الغاصب ؛ لأن الأصل براءة ذمته^(٤٨) ، فلا يلزمه ، ما لم يُقم عليه به حجة ، كما لو ادعى عليه ديناً ، فأقر ببعضه . وكذلك إن قال المالك : كان كاتباً أو له صناعة . فأنكر الغاصب ، فالقول قوله كذلك ، فإن شهدت له البينة بالصفة ، ثبتت . وإن قال الغاصب : كانت فيه سلعة^(٤٩) ، أو أصبغ زائدة ، أو غيب . فأنكر المالك ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل عدم ذلك ، والقول قول الغاصب في قيمته على كل حال . وإن اختلفا بعد زيادة قيمة^(٥٠) المعصوب في وقت زيادته ، فقال المالك : زادت قبل تلفه . وقال الغاصب : إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه . فالقول قول الغاصب ؛ لأن الأصل براءة ذمته . وإن شاهدنا العبد معيياً ، فقال الغاصب : كان معيياً قبل غصبه . وقال المالك : تعيب عندك . فالقول قول الغاصب ؛ لأنه غارم ، ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير . وإن غصبه خمرًا ، ثم قال صاحبه : تحلل عندك . وأنكر الغاصب ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاؤه على ما كان ، وبراءة الذمة . وإن اختلفا في رد المعصوب ، أو رد مثله أو قيمته ، فالقول قول المالك ؛ لأن الأصل عدم ذلك ، واشتغال الذمة به . وإن اختلفا في تلفه ، فادعاه الغاصب ، وأنكره المالك ، فالقول قول الغاصب ؛ لأنه أعلم بذلك ، وتعدر إقامة البينة عليه ، فإذا حلف فللمالك المطالبة ببذله ؛ لأنه تعدر رد العين ، فلم يرد

٢٤/٥ ظ

(٤٨) في ب : « الذمة » .

(٤٩) السلعة : الشجرة في الرأس ، كائنة ما كانت .

(٥٠) سقط من : ب .

بَدَلُهَا ، كَالوَغَصَبِ عَبْدًا بَاقٍ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالْبَدْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ . وَإِنْ قَالَ : غَصَبْتُ مِنِّي حَدِيثًا . فَقَالَ : بَلْ عَتِيقًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ وَجُوبِ الْحَدِيثِ ، وَلِلْمَالِكِ الْمُطَالَبَةُ بِالْعَتِيقِ ؛ لِأَنَّهُ دُونَ حَقِّهِ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ عَبْدًا ، فَادَّعَى إِنْسَانٌ عَلَى الْبَائِعِ أَنَّهُ غَصَبَهُ الْعَبْدَ ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ، انْتَقَضَ الْبَيْعُ ، وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِثَمَنِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَأَقَرَّ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي بِذَلِكَ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ . وَإِنْ أَقَرَّ الْبَائِعُ وَحْدَهُ ، لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، وَلَزِمَتْ الْبَائِعِ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مِلْكِهِ ، وَيُقَرُّ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلِلْبَائِعِ إِخْلَافُهُ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْبَائِعُ لَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ ، فَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ الْمُشْتَرِي بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ الْمُطَالَبَتَهُ بِأَقْلٍ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْعِي الْقِيَمَةَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَالْمُشْتَرِي يُقَرُّ لَهُ بِالثَّمَنِ ، فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى اسْتِحْقَاقِ أَقْلِ الْأَمْرَيْنِ^(٥١) ، فَوَجَبَ ، وَلَا يَضُرُّ اخْتِلَافُهُمَا فِي السَّبَبِ بَعْدَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى حُكْمِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : عَلَيْكَ الْفَ مِنْ ثَمَنِ الْبَيْعِ . فَقَالَ : بَلِ الْفَ مِنْ قَرْضٍ . وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبِضَ الثَّمَنَ ، فَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي اسْتِرْجَاعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ . وَمَتَى عَادَ الْعَبْدُ إِلَى الْبَائِعِ بَفَسْخٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّهُ عَلَى^(٥٢) مُدَّعِيهِ ، وَلَهُ اسْتِرْجَاعُ مَا أَخَذَ مِنْهُ . وَإِنْ كَانَ إِقْرَارُ الْبَائِعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لَهُ ، انْفَسَخَ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ فَسْخَهُ ، فَقَبِلَ إِقْرَارُهُ بِمَا يَفْسُخُهُ . وَإِنْ أَقَرَّ الْمُشْتَرِي وَحْدَهُ ، لَزِمَهُ رَدُّ الْعَبْدِ وَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ عَلَى الْبَائِعِ ، وَلَا يَمْلِكُ الرَّجُوعَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ ، إِنْ كَانَ قَبِضَهُ ، وَلَزِمَهُ^(٥٣) دَفْعُهُ إِلَيْهِ^(٥٤) إِنْ كَانَ لَمْ يَقْبِضْهُ . وَإِنْ أَقَامَ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً بِمَا أَقَرَّ بِهِ ، قُبِلَتْ ، وَلَهُ

(٥١) فِي الْأَصْلِ نِهَادَةٌ : « مِنْ الثَّمَنِ » .

(٥٢) فِي ب : « إِلَى » .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلَزِمَهُ » .

(٥٤) فِي م : « عَلَيْهِ » .

الرَّجُوعُ بِالْثَمَنِ . وَإِنْ أَقَامَ الْبَائِعُ بَيْنَهُ ، إِذَا كَانَ هُوَ الْمُقَرَّرَ نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ فِي حَالِ الْبَيْعِ قَالَ : بَعْتُكَ عَبْدِي هَذَا أَوْ مِلْكِي هَذَا^(٥٥) . لَمْ تُقْبَلْ بَيْنَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُكَذِّبُهَا وَتُكَذِّبُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَالَ ذَلِكَ ، قُبِلَتْ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ مِلْكَهُ وَغَيْرَ مِلْكِهِ . وَإِنْ أَقَامَ الْمُدْعَى الْبَيْنَةَ ، سُمِعَتْ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبَائِعِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرُبُهَا إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا . وَإِنْ أَنْكَرَاهُ جَمِيعًا ، فَلَهُ إِخْلَافُهُمَا إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيْنَةٌ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ يَجِدُ سَرَقَتَهُ بَعَيْنِهَا عِنْدَ إِنْسَانٍ ، قَالَ : هُوَ مِلْكُهُ ، يَأْخُذْهُ ، أَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ سَمُرَةَ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَيَتَّبِعُ / الْمُتَبَاعُ مِنْ بَاعِهِ »^(٥٦) . رَوَاهُ هَشِيمٌ^(٥٧) ، عَنْ مُوسَى بْنِ السَّائِبِ ، عَنْ قَتَادَةَ ، عَنْ الْحَسَنِ ، عَنْ سَمُرَةَ ، وَمُوسَى بْنِ السَّائِبِ ثِقَةً .

٢٥٥

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي أَعْتَقَ الْعَبْدَ ، فَأَقْرَأَ جَمِيعًا ، لَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ ، وَكَانَ الْعَبْدُ حُرًّا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لِغَيْرِهِمَا ، فَإِنْ وَافَقَهُمَا الْعَبْدُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُقْبَلُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلِهَذَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْعِتْقِ ، مَعَ اتِّفَاقِ السَّيِّدِ وَالْعَبْدِ عَلَى الرُّقِّ ، سُمِعَتْ شَهَادَتُهُمَا ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ : أَنَا حُرٌّ . ثُمَّ أَقْرَأَ بِالرُّقِّ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ الْعِتْقُ إِذَا اتَّفَقُوا كُلُّهُمْ ، وَيَعُودُ الْعَبْدُ إِلَى الْمُدْعَى ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولُ النَّسَبِ ، أَقْرَأَ بِالرُّقِّ لِمَنْ يَدَّعِيهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَعْتَفُ الْمُشْتَرِي . وَمَتَى حَكَمْنَا بِالْحُرِّيَّةِ ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ قِيمَتَهُ يَوْمَ عِتْقِهِ ، ثُمَّ إِنْ ضَمَّنَ الْبَائِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ أَثْلَفَهُ ، وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْبَائِعِ إِلَّا بِالْثَمَنِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ مِنْهُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ وَخَلَفَ مَالًا ، فَهُوَ لِلْمُدْعَى ؛ لِاتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّهُ لَهُ . وَإِنَّمَا مَنَعْنَا رَدَّ الْعَبْدِ إِلَيْهِ ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ^(٥٨) الْحُرِّيَّةِ بِهِ ؛ إِلَّا أَنْ يَخْلُفَ وَارِثًا فَيَأْخُذَهُ ، وَلَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ لِأَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا

(٥٥) سقط من : الأصل ، م .

(٥٦) تقدم تخريجهم في : ٦ / ٥٧٩ . ويضاف إليه : كما أخرجه النسائي ، في : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧٦ .

(٥٧) في ب : « هاشم » . خطأ ، وانظر مواضع التخريج .

(٥٨) سقط من : ب .

يَدَّعِيهِ أَحَدٌ . وَإِنْ صَدَّقَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ وَحَدُّهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ ، وَلَمْ يَرْجِعِ
الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ . وَبَقِيَّةُ الْأَقْسَامِ عَلَى مَا مَضَى .

فصل : وَإِذَا بَاعَ عَبْدًا أَوْ وَهَبَهُ ، ثُمَّ ادَّعَى أَنِّي فَعَلْتُ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ أُمْلِكَهُ ، وَقَدْ مَلَكَتُهُ
الْآنَ بِمِيرَاثٍ أَوْ هِبَةٍ مِنْ مَالِكِهِ ، فَيَلْزِمُكَ رَدُّهُ عَلَيَّ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ وَالْهِبَةَ بَاطِلَانِ .
وإن^(٥٩) أَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ قَالَ حِينَ الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ : هَذَا مِلْكِي . أَوْ بَعْتُكَ
مِلْكِي هَذَا . أَوْ كَانَ^(٦٠) فِي ضِمْنِهِ إِقْرَارٌ بِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : قَبَضْتُ ثَمَنَ مِلْكِي أَوْ
قَبَضْتُهُ . وَنَحْوُ ذَلِكَ ، لَمْ تُقْبَلِ الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّهُ مُكَذِّبٌ لَهَا ، وَهِيَ تُكَذِّبُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
كَذَلِكَ ، قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَبِيعُ وَيَهَبُ مِلْكَهُ وَغَيْرَ مِلْكِهِ .

فصل : إِذَا جَنَى الْعَبْدُ الْمَعْصُوبُ جَنَائَةً أَوْ جَبَتِ الْقِصَاصَ ، فَأَقْتَصَّ مِنْهُ ، فَضَمَّائِهِ
عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ^(٥٩) تَلَفَ فِي يَدَيْهِ ، فَإِنْ عُفِيَ عَنْهُ عَلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ ذَلِكَ بِرَقَبَتِهِ ،
وَضَمَّانَ ذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ حَدَثَ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَّائِهِ ؛ لِأَنَّ ضَمَّانَ
الْعَبْدِ وَنَقْصَهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَيُضْمَنُهُ بِأَقْلَ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ جِنَائَتِهِ ، كَمَا يَقْدِرُ
سَيِّدُهُ . وَإِنْ جَنَى / عَلَى^(٦١) مَا دُونَ النَّفْسِ ، مِثْلَ أَنْ قَطَعَ يَدًا فَقَطَعَتْ يَدُهُ قِصَاصًا ، فَعَلَى
الْغَاصِبِ مَا نَقَصَ الْعَبْدُ بِذَلِكَ دُونَ أَرْضِ الْيَدِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ ذَهَبَتْ بِسَبَبِ غَيْرِ مَضْمُونٍ ،
فَأُشْبِهَ مَا لَوْ سَقَطَتْ . وَإِنْ عُفِيَ عَنْهُ عَلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ أَرْضُ الْيَدِ بِرَقَبَتِهِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ
أَقْلَ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ الْيَدِ ، فَإِنْ زَادَتْ جِنَائَةُ الْعَبْدِ عَلَى قِيَمَتِهِ ، ثُمَّ إِنَّهُ مَاتَ ،
فَعَلَى الْغَاصِبِ قِيَمَتَهُ ، يَدْفَعُهَا إِلَى سَيِّدِهِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا تَعَلَّقَ أَرْضُ الْجِنَائَةِ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا
كَانَتْ مُتَعَلِّقَةً بِالْعَبْدِ ، فَتَعَلَّقَتْ بِبَدَلِهِ ، كَمَا أَنَّ الرَّهْنَ إِذَا أَتْلَفَهُ مُتْلِفٌ ، وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ ،
وَتَعَلَّقَ الدِّينُ بِهَا ، فَإِذَا أَخَذَ وَلِيُّ الْجِنَائَةِ الْقِيَمَةَ مِنَ الْمَالِكِ ، رَجَعَ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ

(٥٩) سقط من : الأصل .

(٦٠) في ب ، م : « وكان » .

(٦١) في ب : « عليه » .

بِقِيَمَةِ أُخْرَى ، لِأَنَّ الْقِيَمَةَ الَّتِي أَخَذَهَا اسْتَحَقَّتْ بِسَبَبِ كَانَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَكَانَتْ مِنْ ضَمَانِهِ . وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ وَدِيعَةً ، فَجَنَى جِنَايَةً اسْتَعْرِقَتْ قِيَمَتَهُ ، ثُمَّ إِنْ الْمُودِعَ قَتَلَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَجَبَتْ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، وَتَعَلَّقَ بِهَا أَرْضُ الْجِنَايَةِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا وَلِئِىُ الْجِنَايَةِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُودِعِ ؛ لِأَنَّهُ جَنَى ، وَهُوَ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ . وَلَوْ أَنَّ الْعَبْدَ جَنَى فِي يَدِ سَيِّدِهِ جِنَايَةً تَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، ثُمَّ غَصَبَهُ غَاصِبٌ ، فَجَنَى فِي يَدِهِ جِنَايَةً تَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، يَبِيعُ فِي الْجِنَايَتَيْنِ ، وَقُسِمَ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمَا ، وَرَجَعَ صَاحِبُ الْعَبْدِ عَلَى الْغَاصِبِ بِمَا أَخَذَهُ الثَّانِي مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ كَانَتْ فِي يَدِهِ ، وَكَانَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوَّلًا أَنْ يَأْخُذَهُ دُونَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَأْخُذُهُ الْمَالِكُ مِنَ الْغَاصِبِ هُوَ عَوَضُ مَا أَخَذَهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ ثَانِيًا ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّهُ ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلَ عَنْ قِيَمَةِ الْجَانِي لَا يُزَاحِمُ فِيهِ ، فَإِنْ مَاتَ هَذَا الْعَبْدُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَعَلِيهِ قِيَمَتُهُ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ، وَيَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ ، وَيَكُونُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوَّلًا أَنْ يَأْخُذَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

٨٧٠ - مسألة ؛ قال : (مَنْ أَثْلَفَ لِذِمِّيْ خَمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا ، فَلَا غَرَمَ عَلَيْهِ ، وَيَنْتَهَى عَنِ التَّعَرُّضِ لَهُمْ فِيمَا لَا يُظْهِرُونَهُ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ ضَمَانُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ ، سِوَاءَ كَانَ مُتْلِفُهُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدٌ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ ، فِي الرَّجُلِ يَهْرِيقُ مُسْكِرًا لِمُسْلِمٍ ، أَوْ لِذِمِّيٍّ خَمْرًا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يَجِبُ ضَمَانُهُمَا إِذَا أَثْلَفَهُمَا عَلَى ذِمِّيٍّ . قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ مُسْلِمًا بِالْقِيَمَةِ ، وَإِنْ كَانَ ذِمِّيًّا بِالْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ إِذَا عَصَمَ عَيْنًا قَوَّيْمَهَا ، كَنَفْسِ الْآدَمِيِّ ، وَقَدْ عَصَمَ خَمْرَ الذِّمِّيِّ ، بِدَلِيلِ أَنْ الْمُسْلِمَ يُنْتَعَمُ مِنْ إِثْلَافِهَا ، فَيَجِبُ أَنْ يُقَوِّمَهَا ، وَلِأَنَّهَا / مَالٌ لَهُمْ يَتَمَوَّلُونَهَا ، بِدَلِيلِ مَا رَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ غَامِلَهُ كَتَبَ إِلَيْهِ : إِنَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ يَمُرُّونَ بِالْعَاشِيرِ ^(١) ، وَمَعَهُمُ الْخُمُورُ . فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ : وَلَوْ هُمْ يَبِيعُهَا ،

٢٦/٥ و

(١) العَاشِرُ : عَامِلُ الزَّكَاةِ الَّذِي يَقْدَرُ الْعَشْرُ .

وَحُذُوا مِنْهُمْ عَشْرَ ثَمَنِيهَا . وَإِذَا كَانَتْ مَالًا لَهُمْ ^(٢) وَجَبَ ضَمَانُهَا ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ . وَلَنَا ، أَنْ جَايَرًا ، رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلَا إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَمًا بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ » . مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ ^(٣) . وَمَا حُرِّمَ بَيْعُهُ لِاحْتِرَامِهِ ، لَمْ تَجِبْ قِيمَتُهُ ، كَالْمَيْتَةِ ، وَلَآنَ مَا لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا فِي حَقِّ ^(٤) الْمُسْلِمِ ، لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا فِي حَقِّ ^(٥) الذَّمِّيِّ ، كَالْمُرْتَدِّ ، وَلَآنَ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ ، فَلَا تُضْمَنُ ، كَالْمَيْتَةِ ، وَدَلِيلُ أَنَّهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ ، فَكَذَلِكَ فِي حَقِّ الذَّمِّيِّ ، فَإِنَّ تَحْرِيمَهَا ثَبَّتَ فِي حَقِّهِمَا ، وَخَطَابُ التَّوَاهِي يَتَوَجَّهُ إِلَيْهِمَا ، فَمَا ثَبَّتَ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ، ثَبَّتَ فِي حَقِّ الْآخَرِ . وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهَا مَعْصُومَةٌ ، بَلْ مَتَى أَظْهَرْتَ حَلَّتْ إِزَاقَتُهَا ، ثُمَّ لَوْ عَصَمَهَا مَا لَزِمَ تَقْوِيمُهَا ؛ فَإِنَّ نِسَاءَ أَهْلِ الْحَرْبِ وَصَبِيَّائَهُمْ مَعْصُومُونَ غَيْرُ مُتَقَوِّمِينَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا مَالٌ عِنْدَهُمْ . يَتَّقِصُّ بِالْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ ، فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَهُمْ . وَأَمَّا حَدِيثُ عَمْرٍ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لَهُمْ ، وَإِنَّمَا أَمَرَ بِأَخْذِ عَشْرِ أَثْمَانِهَا ، لِأَنَّهُمْ إِذَا ^(٦) تَبَايَعُوا وَتَقَابَضُوا ^(٧) حَكَمْنَا لَهُمْ بِالْمِلْكِ وَلَمْ نَنْقُضْهُ ، وَتَسْمِيَّتُهَا أَثْمَانًا مَجَازٌ ، كَمَا سَمَّى اللَّهُ تَعَالَى ثَمَنَ يَوْسَفَ ثَمَنًا ، فَقَالَ : ﴿ وَشَرَّوهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ ^(٨) . وَأَمَّا قَوْلُ الْخِرَقِيِّ : وَيُنْتَهَى عَنِ التَّعَرُّضِ لَهُمْ فِيمَا

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الميتة والأصنام ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣ / ١١٠ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٠٧ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى ثمن الخمر والميتة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٠١ . والنسائى ، فى : باب النهى عن الانتفاع بشحوم الميتة ، من كتاب الفرع ، وفى : باب بيع الخنزير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ١٥٦ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب ما لا يحل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٣٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٢٤ ، ٣٢٦ ، ٣٤٠ .

(٤-٤) سقط من : ب . نقلة نظر .

(٥) سقط من : م .

(٦-٦) فى ب : حكسناهم .

(٧) سورة يوسف ٢٠ .

لَا يُظْهِرُونَهُ ، فَلَأَنَّ كُلَّ مَا اعْتَقَدُوا حِلَّهُ فِي دِينِهِمْ ، مِمَّا لَا أَدَى لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ ، مِنْ الْكُفْرِ ، وَشَرْبِ الْخَمْرِ وَاتِّخَاذِهِ ^(٨) ، وَنِكَاحِ ذَوَاتِ الْمَحَارِمِ ، لَا يَجُوزُ لَنَا التَّعَرُّضُ لَهُمْ ^(٩) فِيهِ ، إِذَا لَمْ يُظْهِرُوهُ ، لِأَنَّا التَّزَمْنَا إِقْرَارَهُ عَلَيْهِ فِي دَارِنَا ، فَلَا نَعْرِضُ لَهُمْ فِيمَا التَّزَمْنَا تَرْكَهُ ، وَمَا أَظْهَرُوهُ مِنْ ذَلِكَ ، نَعَيِّنُ إِنْكَارَهُ عَلَيْهِمْ ، فَإِنْ كَانَ خَمْرًا جَازَتْ إِرَاقَتُهُ ، وَإِنْ أَظْهَرُوا صَلِيلًا أَوْ طُنْبُورًا جَازَ كَسْرُهُ ، وَإِنْ أَظْهَرُوا كُفْرَهُمْ أُدْبُوا عَلَى ذَلِكَ ، وَيُثْمَنُونَ مِنْ إِظْهَارِ مَا يُحَرِّمُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ .

فصل : وَإِنْ غَضِبَ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا ، لَزِمَهُ رَدُّهَا ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى شَرْبِهَا . وَإِنْ غَضِبَهَا مِنْ مُسْلِمٍ ، لَمْ يَلْزَمْ رَدُّهَا ، وَوَجِبَتْ إِرَاقَتُهَا ؛ لِأَنَّ أَبَا طَلْحَةَ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَيْتَامٍ وَرِثُوا خَمْرًا ، فَأَمَرَهُ بِإِرَاقَتِهَا ^(١٠) . وَإِنْ أَثْلَفَهَا أَوْ تَلِفَتْ عِنْدَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ » ^(١١) . وَلَأَنَّ مَا حُرِّمَ الْإِتِفَاعُ بِهِ ، لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهُ ، كَالْمَيْتَةِ وَالْدِّمِ . فَإِنْ / أَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ حَتَّى صَارَتْ خَلًّا ، لَزِمَ رَدُّهَا عَلَى صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ خَلًّا ، عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ ، فَلَزِمَ رَدُّهَا إِلَيْهِ ، فَإِنْ تَلِفَتْ ، ضَمِنَهَا لَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَالٌ لِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ تَلَفٌ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، وَإِنْ أَرَاقَهَا فَجَمَعَهَا إِنْسَانٌ ، فَتَخَلَّلَتْ عِنْدَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّ الْخَلِّ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهَا بَعْدَ إِثْلَافِهَا ، وَزَوَالَ الْيَدِ عَنْهَا .

ظ ٢٦/٥

(٨) في ب : « وابتجاره » .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الخمر تخلل ، من كتاب الأشربة . سنن أبي داود ٢ / ٢٩٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ١١٩ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ .

(١١) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم بيع الخمر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٠٦ . والنسائي ، في : باب بيع الخمر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧١ . والدارمي ، في : باب النهي عن الخمر وشراؤها ، من كتاب الأشربة ، وفي : باب في النهي عن بيع الخمر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ١١٤ ، ٢٥٦ . والإمام مالك ، في : باب جامع تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . الموطأ ٢ / ٨٤٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٣٠ ، ٢٤٤ ، ٣٢٤ ، ٣٥٨ .

فصل : وإن غَصَبَ كُلُّمَا يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ ، وَجَبَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ الِاتِّفَاعُ بِهِ وَاقْتِنَاؤُهُ ، فَاشْتَبَهَ الْمَالُ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ ، لَمْ يَغْرَمُهُ . وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، لَمْ يَلْزَمُهُ أَجْرٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ . وَإِنْ غَصَبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ ^(١٢) رَدُّهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي طَهَارَتِهِ بِالذَّبْحِ ، فَمَنْ قَالَ بِطَهَارَتِهِ ، أُوجِبَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ^(١٣) إِصْلَاحَهُ ، فَهُوَ كَالثُّوبِ النَّجِسِ . وَمَنْ قَالَ : لَا يَطْهَرُ . لَمْ يُوجِبْ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى إِصْلَاحِهِ . فَإِنْ أَتْلَفَهُ ، أَوْ أَتْلَفَ مَيْتَةً بِجِلْدِهَا ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ . وَإِنْ دَبَعَهُ ^(١٤) الْغَاصِبُ ، لَزِمَ رَدُّهُ إِنْ ^(١٥) قُلْنَا بِطَهَارَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَالْحَمْرِ إِذَا تَحَلَّلَتْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ رَدُّهُ ؛ ^(١٦) لِأَنَّهُ صَارَ مَا لَا يَفْعَلُهُ ، بِخِلَافِ الْحَمْرِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَطْهَرُ . لَمْ يَجِبْ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَاحُ الِاتِّفَاعُ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ رَدُّهُ ^(١٧) ، إِذَا قُلْنَا : يُبَاحُ الِاتِّفَاعُ بِهِ فِي الْيَابِسَاتِ . لِأَنَّهُ نَجِسٌ يُبَاحُ الِاتِّفَاعُ بِهِ ، أَشَبَّهُ الْكَلْبَ ، وَكَذَلِكَ قَبْلَ الذَّبْحِ .

فصل : وإن كَسَرَ صَلِيًّا ، أَوْ مَرْمَارًا ، أَوْ طُنْبُورًا ، أَوْ صَنَمًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ كَانَ ذَلِكَ إِذَا فُصِّلَ يَصْلُحُ ^(١٨) لِنَفْعِ مُبَاحٍ وَإِذَا كُسِرَ لَمْ يَصْلُحْ لَهُ ^(١٩) ، لَزِمَهُ مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ مُفَصَّلًا ^(٢٠) وَمَكْسُورًا ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ بِالْكَسْرِ مَالَهُ قِيَمَةً ، وَإِنْ كَانَ لَا يَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ ، لَمْ يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ ^(٢١) . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَضْمَنُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ ^(٢٢) يَضْمَنْهُ ، كَالْمَيْتَةِ ، وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنْ

(١٢) فِي م : « يَجِبُ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « يَوْجِبُ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « دَفَعَهُ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « وَإِنْ » .

(١٦) ١٦-١٦) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « صَلَحَ » .

(١٨) فِي م : « لِنَفْعِ مُبَاحٍ » .

(١٩) كَذَا فِي النُّسخِ ، وَصَحَّتْهُ : « مُفَصَّلًا » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : ب . وَفِي الْأَصْلِ : « ضَمَانٌ » .

(٢١) فِي ب : « فَلَا » .

الله حَرَّمَ بَيْعَ الْحَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ « مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وقال النبي ﷺ : « يُعْتَبَرُ بِمَحَقِّ الْقَيْنَاتِ وَالْمَعَارِفِ » (٢٢) .

فصل : وإن كَسَرَ آيَةَ (٢٣) ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ ، لم يَضْمَنْهَا ؛ لَأَنَّهُ اتَّخَذَهَا مُحَرَّمًا . وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةَ أُخْرَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَضْمَنُ ، فَإِنْ مُهَنَّا نَقَلَ عَنْهُ فِي مَنْ هَشَمَ عَلَى غَيْرِهِ إِبْرِيْقًا فِضَّةً : عَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، يَصُوغُهُ كَمَا كَانَ . قِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ قَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ اتَّخَاذِهَا (٢٤) ؟ فَسَكَتَ (٢٥) . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . نَصَّ عَلَيْهِ (٢٦) فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ (٢٧) فِي مَنْ كَسَرَ إِبْرِيْقَ فِضَّةٍ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ (٢٨) أَتْلَفَ مَا لَيْسَ بِمُبَاحٍ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَالْمَيْتَةِ . وَرِوَايَةُ مُهَنَّا / تَذَلُّ عَلَى أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ ذَلِكَ ؛ لِكُونِهِ سَكَتَ حِينَ ذَكَرَ السَّائِلُ تَحْرِيمَهُ ، وَلَآنَ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ قَالَ : يَصُوغُهُ ، وَلَا يَجِلُّ لَهُ صِيَاغَتُهُ (٢٩) . فَكَيْفَ يَجِبُ ذَلِكَ !

٢٧/٥

فصل : وإن كَسَرَ آيَةَ الْحَمْرِ ، ففِيهَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّهَا (٣٠)

مَالٌ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ ، وَيَجِلُّ بَيْعُهُ ، فَيَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا خَمْرٌ ، وَلَآنَ جَعَلَ

(٢٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٢٥٧ ، ٢٦٨ .

(٢٣) في م زيادة : « من » .

(٢٤) أخرجه البخاري ، في : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز ، وفي : باب حق إجابة الوليمة والدعوة ... ، من كتاب النكاح ، وفي : باب خواتيم الذهب ، من كتاب اللباس . صحيح البخاري ٢ / ٩٠ ، ٧ / ٣١ ، ٢٠٠ . ومسلم ، في : باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٣ / ١٦٣٥ - ١٦٣٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية لبس المعصر للرجل والقسي ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذي ١٠ / ٢٥٢ . والنسائي ، في : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤ / ٤٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٢٨٤ ، ٢٩٩ ، ٥ / ٣٨٥ ، ٤٠٨ .

(٢٥) في الأصل : « فكسرت » .

(٢٦) في م زيادة : « أحمد » .

(٢٧) في النسخ : « المروزي » . تحريف .

(٢٨) في الأصل : « ولأنه » .

(٢٩) في ب ، م : « صناعته » .

(٣٠) في م : « لأنه » .

الْحَمْرِ فِيهَا لَا يَفْتَضِي سُقُوطَ ضَمَانِهَا ، كَالْبَيْتِ الذِي جُعِلَ مَخْزَنًا لِلْحَمْرِ . والثانية ، لا تُضْمَنُ ؛ لما رَوَى الإمامُ أحمدُ ، في « مُسْنَدِهِ » (٣١) : حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي مَرْيَمَ ، عَنْ ضَمْرَةَ بْنِ حَبِيبٍ ، قَالَ : قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمَرَ : أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ آتِيَهُ بِمُدِّيَةِ ، وَهِيَ الشُّفْرَةُ ، فَأَتَيْتُهُ بِهَا ، فَأَرْسَلَ بِهَا فَأَرْهَفَتْ ، ثُمَّ أَعْطَانِيهَا ، وَقَالَ : « اغْدُ عَلَيَّ بِهَا » . فَفَعَلْتُ ، فَخَرَجَ بِأَصْحَابِهِ إِلَى أُسْوَاقِ (٣٢) الْمَدِينَةِ ، وَفِيهَا زَقَاقُ الْحَمْرِ قَدْ جُلِبَتْ مِنَ الشَّامِ ، فَأَخَذَ الْمُدِّيَةَ مِنِّي ، فَشَقَّ مَا كَانَ مِنْ تِلْكَ الزَّقَاقِ بِحَضْرَتِهِ كُلِّهَا ، وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ الَّذِينَ كَانُوا مَعَهُ أَنْ يَمْضُوا مَعِيَ ، وَيُعَاوَنُونِي ، وَأَمَرَنِي أَنْ آتِيَ الْأُسْوَاقَ كُلِّهَا ، فَلَا أَجِدُ فِيهَا زَقَّ حَمْرٍ إِلَّا شَقَقْتُهُ ، فَفَعَلْتُ ، فَلَمْ أَتْرُكْ فِي أُسْوَاقِهَا زَقًّا إِلَّا شَقَقْتُهُ . وَرَوَى عَنْ (٣٤) أَنَسٍ ، قَالَ : كُنْتُ أُسْقِي أَبَا طَلْحَةَ ، وَأَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ ، وَأَبَا عُبَيْدَةَ ، شَرَابًا مِنْ فَضِيخٍ (٣٥) ، فَأَتَانَا آتٍ ، فَقَالَ : إِنَّ الْحَمْرَ قَدْ حُرِّمَتْ . فَقَالَ أَبُو طَلْحَةَ : قُمْ يَا أَنَسُ إِلَى هَذِهِ الدَّانِ فَاسْكِرْهَا (٣٦) . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى سُقُوطِ حُرْمَتِهَا ، وَإِبَاحَةِ إِثْلَافِهَا ، فَلَا يَضْمَنُهَا ، كَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ .

فصل : وَلَا يَثْبُتُ الْعَصْبُ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، كَالْحُرِّ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُضْمَنُ بِالْعَصْبِ ، إِنَّمَا يُضْمَنُ بِالْإِثْلَافِ . وَإِنْ أَخَذَ حُرًّا ، فَحَبَسَهُ فَمَاتَ عِنْدَهُ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ . وَإِنْ اسْتَعْمَلَهُ مُكْرَهَا ، لَزِمَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَافِعَهُ ، وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَنَافِعِ الْعَبْدِ . وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً لِمِثْلِهَا أَجْرٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،

(٣١) في ٢ / ١٣٣ .

(٣٢) سقط من : الأصل :

(٣٣) في الأصل : « سوق » .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥) الفضِيخُ : عصير العنب .

(٣٦) أخرجه البخاري ، في : باب نزل تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة ، وفي : باب ما جاء في إجازة خبر الواحد ، من كتاب الآحاد . صحيح البخاري ٧ / ١٣٦ ، ٩ / ١٠٨ ، ١٠٩ . ومسلم ، في : باب تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . صحيح مسلم ٣ / ١٥٧٢ . والإمام مالك ، في : باب جامع تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . الموطأ ٢ / ٨٤٦ .

يَلْزَمُهُ أَجْرُ تِلْكَ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَتْ مَنَفَعَتَهُ ، وَهِيَ مَالٌ يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهَا ، فَضُمِنَتْ بِالْعَصَبِ ، كَمَنَافِعِ الْعَبْدِ . وَالثَّانِي ، لَا يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِّمَا لَا يَصِحُّ غَضَبُهُ ، فَأَشْبَهَتْ ثِيَابَهُ إِذَا بَلِيَتْ عَلَيْهِ وَأَطْرَافُهُ ، وَلِأَنَّهَا تَلَفَتْ تَحْتَ يَدَيْهِ ، فَلَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَلَوْ مَنَعَهُ الْعَمَلُ مِنْ غَيْرِ حَبْسٍ ، لَمْ يَضْمَنْ مَنَافِعَهُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ بِالْعَبْدِ لَمْ يَضْمَنْ مَنَافِعَهُ ، فَالْحُرُّ أَوْلَى . وَلَوْ حَبَسَ الْحُرُّ وَعَلَيْهِ ثِيَابٌ ، لَمْ يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِّمَا لَمْ تُثَبِّتِ الْيَدُ عَلَيْهِ فِي الْعَصَبِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ كَبِيرًا أَوْ صَغِيرًا . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ^(٣٧) .

ط ٢٧/٥

فصل : وَأُمُّ الْوَلَدِ مَضْمُونَةٌ بِالْعَصَبِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تُضْمَنُ ؛ لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تُعْجِرُ مَجْرَى الْمَالِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْغُرَمَاءِ ، فَأَشْبَهَتْ الْحُرَّ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا يُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ ، يُضْمَنُ بِالْعَصَبِ ، كَالْقَيْنِ ، وَلِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ ، فَأَشْبَهَتْ الْمُدْبِرَةَ ، وَفَارَقَتْ ^(٣٨) الْحُرَّةَ ؛ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ مَمْلُوكَةً ، وَلَا تُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ .

فصل : وَإِذَا فَتَحَ قَفْصًا عَنْ ^(٣٩) طَائِرٍ فَطَارَ ، أَوْ حَلَّ دَابَّةً ^(٤٠) فَذَهَبَتْ ، ضَمِنَهَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَهَاجَهُمَا حَتَّى ذَهَبَا ^(٤١) . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ وَقَفَا بَعْدَ الْفَتْحِ وَالْحَلِّ ، ثُمَّ ذَهَبَا ، لَمْ يَضْمَنْهُمَا ، وَإِنْ ذَهَبَا عَقِيبَ ذَلِكَ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ . وَاحْتِجَّا ^(٤٢) بِأَنَّ لَهُمَا اخْتِيَارًا ، وَقَدْ وَجِدَتْ مِنْهُمَا الْمُبَاشَرَةُ ، وَمِنْ الْفَاتِحِ سَبَبٌ غَيْرُ مُلْجِيٍّ . فَإِذَا اجْتَمَعَا ، لَمْ يَتَعَلَّقْ

(٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) في ب : « وفارق » .

(٣٩) في ب ، م : « على » .

(٤٠) في ب ، م : « دابته » .

(٤١) في م زيادة : « عقيب » .

(٤٢) أي أبو حنيفة والشافعي .

الضَّمَانُ بالسَّبَبِ ، كما لو حَفَرَ بَثْرًا فجاءَ عَبْدٌ لِإِنْسَانٍ ، فَرَمَى نَفْسَهُ فِيهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ ذَهَبَ بِسَبَبِ فِعْلِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كما لو نَفَرَهُ ، أو ذَهَبَ عَقِيبَ فَتْحِهِ وَحَلَّهُ ، وَالْمُبَاشَرَةُ إِنَّمَا حَصَلَتْ مِمَّنْ لَا يُمَكِّنُ إِحَالَةَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ ، فَيَسْقُطُ ، كما لو نَفَرَ الطَّائِرُ ، وَأَهَاجَ الدَّابَّةَ ، أو أَشْلَى^(٤٣) كَلْبًا عَلَى صَبِيٍّ فَقَتَلَهُ ، أو أَطْلَقَ نَارًا فِي مَتَاعِ إِنْسَانٍ ، فَإِنَّ لِلنَّارِ فِعْلًا ، لَكِنْ لَمَّا لَمْ يُمَكِّنْ إِحَالَةَ الْحُكْمِ عَلَيْهَا ، كَانَ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، وَلِأَنَّ الطَّائِرَ وَسَائِرَ الصَّيْدِ مِنْ طَبِيعَةِ التُّفُورِ ، وَإِنَّمَا يَبْقَى بِالْمَانِعِ ، فَإِذَا أُزِيلَ الْمَانِعُ ذَهَبَ بِطَبِيعِهِ ، فَكَانَ ضَمَانُهُ عَلَى مَنْ أَرَاكَ الْمَانِعَ ، كَمَنْ قَطَعَ عِلَاقَةً فَنَدِيلُ ، فَوَقَعَ فَانْكَسَرَ . وَهَكَذَا لَوْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدٍ فَذَهَبَ ، أو أُسِيرَ فَأُقِلَّتْ . وَإِنْ فَتَحَ الْقَفْصَ ، وَحَلَّ الْفَرَسَ ، فَبَقِيََا وَاقِفَيْنِ ، فَجَاءَ إِنْسَانٌ فَنَفَرَهُمَا فَذَهَبَا ، فَالضَّمَانُ عَلَى مُنْفَرِهِمَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ أَخْصَصُ ، فَاخْتَصَّ الضَّمَانُ بِهِ ، كَالدَّفَاعِ مَعَ الْحَافِرِ . وَإِنْ وَقَعَ طَائِرٌ إِنْسَانٍ عَلَى جِدَارٍ ، فَنَفَرَهُ إِنْسَانٌ ، فَطَارَ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّ تَنْفِيرَهُ لَمْ يَكُنْ سَبَبَ فَوَاتِهِ ، فَإِنَّهُ كَانَ مُمْتَنِعًا قَبْلَ ذَلِكَ . وَإِنْ رَمَاهُ فَقَتَلَهُ ، ضَمِنَهُ . وَإِنْ كَانَ فِي دَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُمَكِّنُهُ تَنْفِيرَهُ بغير قَتْلِهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ مَرَّ الطَّائِرُ فِي هَوَاءِ دَارِهِ ، فَرَمَاهُ فَقَتَلَهُ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ مَنَعَ الطَّائِرِ مِنْ هَوَاءِ دَارِهِ^(٤٤) ، فَهُوَ كَمَا لَوْ رَمَاهُ فِي هَوَاءِ دَارٍ غَيْرِهِ .

فصل : وَلَوْ حَلَّ زِقَافِهِ مَائِعٌ ، فَاثَدَفَقَ ، ضَمِنَهُ ، سِوَاءَ خَرَجَ فِي الْحَالِ ، أو خَرَجَ قَلِيلًا قَلِيلًا ، أو خَرَجَ مِنْهُ شَيْءٌ بَلَّ أَسْفَلَهُ فَسَقَطَ ، أو ثَقُلَ أَحَدَ جَانِبَيْهِ فَلَمْ يَزَلْ يَمِيلُ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّى سَقَطَ ، أو سَقَطَ بِرِيحٍ ، أو بِزَلْزَلَةِ الْأَرْضِ ، أو كَانَ جَامِدًا فَذَابَ بِشَّمْسٍ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِسَبَبِ فِعْلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَضْمَنُ إِذَا سَقَطَ بِرِيحٍ أو زَلْزَلَةٍ ، وَيَضْمَنُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُمْ فِيمَا إِذَا ذَابَ بِالشَّمْسِ وَجْهَانِ ، وَاحْتَجُّوا بِأَنَّهُ فِعْلُهُ غَيْرُ مُلْجِيٍّ ، وَالْمَعْنَى الْحَادِثُ مُبَاشَرَةٌ ، فَلَمْ يَتَعَلَّقِ الضَّمَانُ^(٤٥)

(٤٣) أَشْلَاهُ : أَغْرَاهُ .

(٤٤) فِي الْأَصْلِ : « الدَّار » .

(٤٥) فِي ب زِيَادَةً : « بِهِ » .

بِفِعْلِهِ . كَالْوَدْفَعَةِ إِنْسَانٌ . وَلَنَا ، أَنْ فِعْلُهُ سَبَبُ تَلْفِهِ ، وَلَمْ يَتَحَلَّلْ بَيْنَهُمَا مَا يُمَكِّنُ إِحَالَةَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، كَالْوَخْرَجِ عَقِيبَ فِعْلِهِ ، أَوْ مَالٍ قَلِيلًا قَلِيلًا ، وَكَأَنَّ لَوْ جَرَحَ إِنْسَانًا ، فَأَصَابَهُ الْحَرُّ أَوْ الْبَرْدُ ، فَسَرَتِ الْجِنَايَةُ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ . وَأَمَّا إِنْ دَفَعَهُ إِنْسَانٌ ، فَإِنَّ الْمُتَحَلَّلَ بَيْنَهُمَا مُبَاشَرَةً يُمَكِّنُ الإِحَالَةَ عَلَيْهَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَلَوْ كَانَ جَامِدًا ، فَأَذْنَى مِنْهُ آخَرُ نَارًا ، فَأَذَابَهُ فَسَالَ ، فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ أَذَابَهُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ أَخْصٌ ، لِكَوْنِ التَّلْفِ يَعْقِبُهُ ، فَأَشْبَهَ الْمُتَفَرِّعَ مَعَ فَاتِحِ الْقَفْصِ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّينَ : لَا ضَمَانَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، كَسَارِقَيْنِ نَقَبَ أَحَدُهُمَا ، وَأَخْرَجَ الْآخَرَ^(٤٦) الْمَتَاعَ . وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ مُذْنِبِي النَّارِ أُلْجِئُوا إِلَى الْخُرُوجِ ، فَضَمِنَهُ ، كَالْوَكَنِ وَقَفًا فَدَفَعَهُ . وَالْمَسْأَلَةُ حُجَّةٌ عَلَيْهِ ؛ فَإِنَّ الضَّمَانَ عَلَى مُخْرِجِ الْمَتَاعِ مِنَ الْجِرَزِ ، وَالْقَطْعُ حَدٌّ^(٤٧) لَا يَجِبُ إِلَّا بِهَتْكِ الْجِرَزِ^(٤٨) وَأَخْذِ الْمَالِ^(٤٩) جَمِيعًا ، ثُمَّ إِنْ الْحَدُّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، بِخِلَافِ الضَّمَانِ . وَلَوْ أَذَابَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا ، ثُمَّ فَتَحَ الثَّانِي رَأْسَهُ ، فَاذْدَفَقَ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّ التَّلْفَ تَعْقِبُهُ . وَإِنْ فَتَحَ زِقًا مُسْتَعْلَى الرَّأْسِ ، فَخَرَجَ بَعْضُ مَا فِيهِ ، وَاسْتَمَرَّ خُرُوجُهُ قَلِيلًا قَلِيلًا ، فَجَاءَ آخَرُ فَتَحَهُ ، فَاذْدَفَقَ ، فَضَمَانَ مَا خَرَجَ بَعْدَ التَّنَكُّيسِ عَلَى الْمُتَنَكِّسِ ، وَمَا قَبْلَهُ عَلَى الْفَاتِحِ ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي أَخْصٌ ، كَالْجَارِحِ وَالذَّابِحِ .

فصل : وَإِنْ حَلَّ رِبَاطَ سَفِينَةٍ فَذَهَبَتْ أَوْ غَرِقَتْ ، فَعَلِيهِ قِيَمَتُهَا ، سَوَاءٌ تَعَقَّبَ فِعْلُهُ أَوْ تَرَخَى . وَالْخِلَافُ فِيهَا كَالْخِلَافِ فِي الطَّائِرِ فِي الْقَفْصِ .

فصل : وَإِذَا أَوْقَدَ فِي مِلْكِهِ نَارًا ، أَوْ فِي مَوَاتٍ ، فَطَارَتْ شَرَارَةٌ إِلَى دَارِ جَارِهِ فَأَحْرَقَتْهَا ، أَوْ سَقَى أَرْضَهُ فَتَزَلَّ الْمَاءُ إِلَى أَرْضِ جَارِهِ فَغَرَّقَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ إِذَا كَانَ فِعْلًا مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ ، وَلِأَنَّهَا سِرَايَةٌ فِعْلٌ مُبَاحٌ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ،

(٤٦) فِي الْأَصْلِ ، م : « آخِر » .

(٤٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤٨-٤٩) فِي الْأَصْلِ ، ب : « وَالْأَخْذُ » .

كسِرَايَةِ الْقَوْدِ ، وفَارَقَ مَنْ حَلَّ زَقًا فَاَنْدَفَقَ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِحَلِّهِ ، وَلِأَنَّ الْغَالِبَ خُرُوجُ الْمَائِعِ مِنَ الزُّرْقِ الْمَفْتُوحِ ، وَلَيْسَ الْغَالِبُ سِرَايَةَ هَذَا الْفِعْلِ الْمُعْتَادِ إِلَى تَلْفِ مَالٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ^(٤٩) بِتَفْرِيطٍ مِنْهُ ، بَأَنَّ أَجَجَ نَارًا تَسْرَى فِي الْعَادَةِ لِكَثْرَتِهَا ، أَوْ فِي رِيحٍ شَدِيدَةٍ تَحْمِلُهَا ، أَوْ فَتَحَ مَاءً كَثِيرًا يَتَعَدَّى ، أَوْ فَتَحَ الْمَاءَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، أَوْ أَوْقَدَ فِي دَارٍ غَيْرِهِ ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهِ . وَإِنْ سَرَى إِلَى غَيْرِ الدَّارِ الَّتِي أَوْقَدَ فِيهَا ، وَالْأَرْضِ الَّتِي فَتَحَ^(٥٠) الْمَاءَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا سِرَايَةُ عُذْوَانٍ ، أَشْبَهَتْ سِرَايَةَ الْجُرْجِ / الَّتِي تَعَدَّى بِهِ . وَإِنْ أَوْقَدَ نَارًا فَأَيَّسَتْ أَغْصَانُ شَجَرَةٍ غَيْرِهِ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ نَارٍ كَثِيرَةٍ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْأَغْصَانُ فِي هَوَائِهِ ، فَلَا يَضْمَنُهَا ؛ لِأَنَّ دُخُولَهَا عَلَيْهِ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي دَارِهِ ؛ لِحُرْمَتِهَا . وَهَذَا الْفَصْلُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ^(٥١) كَمَا ذَكَرْنَا سِوَاءَ .

ظ ٢٨/٥

فصل : وَإِنْ أَلْقَى الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ ، لَزِمَهُ حِفْظُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ حَصَلَتْ تَحْتَ يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ حِفْظُهُ ، كَاللُّقْطَةِ . وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ صَاحِبَهُ ، فَهُوَ لِقُطْعَةٍ تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهَا . وَإِنْ عَرَفَ صَاحِبَهُ ، لَزِمَهُ إِعْلَامُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ، فَصَارَ كَالْغَاصِبِ . وَإِنْ سَقَطَ طَائِرٌ فِي دَارِهِ ، لَمْ يَلْزِمَهُ حِفْظُهُ ، وَلَا إِعْلَامُ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ . وَإِنْ دَخَلَ بُرْجُهُ ، فَأَغْلَقَ عَلَيْهِ الْبَابَ نَاقِبًا ، أَمْسَاكَهُ لِنَفْسِهِ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ ، فَهُوَ كَالْغَاصِبِ ، وَإِلَّا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي بُرْجِهِ كَيْفَ شَاءَ ، فَلَا يَضْمَنُ مَالَ غَيْرِهِ بِتَلْفِهِ ضَمِنًا ، لِيَتَصَرَّفَهُ الَّذِي لَمْ يَتَعَدَّ فِيهِ .

فصل : إِذَا أَكَلَتْ بَهِيمَةٌ حَشِيشَ قَوْمٍ ، وَيَدُّ صَاحِبِهَا عَلَيْهَا ، لِكَوْنِهِ مَعَهَا ، ضَمِنَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ مَا أَكَلَتْهُ . وَإِذَا اسْتَعَارَ مِنْ رَجُلٍ بَهِيمَتَهُ ، فَأَتْلَفَتْ

(٤٩) سقط من : ب .

(٥٠) سقط من : ب ، م .

شيئا وهي في يد المُستَعِير ، فضَمَّانُهُ على المُستَعِير ، سواءً أَثْلَفَتْ شيئا لِمَالِكِهَا أو لغيره ؛ لأنَّ ضَمَّانَهُ يَجِبُ بِالْيَدِ ، وَالْيَدُ لِلْمُسْتَعِيرِ . وإن كانت الْبَهِيمَةُ في يدِ الرَّاعِي ، فَأَثْلَفَتْ زَرْعًا ، فالضَّمَّانُ على الرَّاعِي دُونَ صَاحِبِهَا ؛ لأنَّ إِثْلَافَهَا لِلزَّرْعِ في النَّهَارِ لَا يُضْمَنُ إِلَّا بِثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهَا ، وَالْيَدُ لِلرَّاعِي دُونَ الْمَالِكِ ، فكان الضَّمَّانُ عليه ، كَالْمُسْتَعِيرِ . وإن كان الزَّرْعُ لِلْمَالِكِ ، فإن كان لَيْلًا ضَمِنَ أَيضًا ؛ لأنَّ ضَمَّانَ الْيَدِ أَقْوَى ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُضْمَنُ بِهِ في اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ جَمِيعًا .

فصل : إذا شَهِدَ بِالْعَصَبِ شَاهِدَانِ ، فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ غَضِبَهُ يَوْمَ الْحَمِيسِ ، وَشَهِدَ آخَرُهُ أَنَّهُ غَضِبَهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، لم تَتِمَّ الْبَيِّنَةُ ، وله أن يَحْلِفَ مع أَحَدِهِمَا . وإن شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقْرَ بِالْعَصَبِ يَوْمَ الْحَمِيسِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ أَقْرَ بِعَصْبِهِ^(٥١) ، يَوْمَ الْجُمُعَةِ ،^(٥٢) ثَبَّتِ الْبَيِّنَةُ ؛ لأنَّ الْإِقْرَارَ وإن اختلفَ رَجَعَ إلى أَمْرٍ وَاحِدٍ . وإن شَهِدَ أَنَّهُ أَقْرَ أَنَّهُ غَضِبَهُ يَوْمَ الْحَمِيسِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ^(٥٣) أَقْرَ أَنَّهُ^(٥٤) غَضِبَهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ^(٥٥) ، لم تَثْبُتِ الْبَيِّنَةُ أَيضًا . وإن شَهِدَ لَهُ وَاحِدٌ ، وَحَلَفَ معه ، ثَبَّتَ الْعَصَبُ ، فلو كان الغَاصِبُ حَلَفَ^(٥٦) أَنَّهُ لم يَعْصِبْهُ بِالطَّلَاقِ^(٥٧) لم تُوقِفْ طَلَاقُهُ ؛ لأنَّ الشَّاهِدَ وَالْيَمِينَ بَيِّنَةٌ في المَالِ ، لا في الطَّلَاقِ . والله أعلم .

(٥١) في ب ، م : « ببعضه » .

(٥٢-٥٣) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٥٣-٥٤) سقط من : م .

(٥٤-٥٥) في م : « بالطلاق أنه لم يعصبه » .

كتاب الشُّفْعَةِ

وهي استِحْقَاقُ الشَّرِيكِ / انْتِزَاعُ حِصَّةِ شَرِيكِهِ الْمُتَنَفِّلَةِ عَنْهُ مِنْ يَدٍ مَنْ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ .
وهي ثَابِتَةٌ بِالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ؛ أَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَا رَوَى ^(١) جَابِرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَلِمُسْلِمٍ قَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شَرِيكِ لَمْ يُقَسِّمْ ؛ رَبْعَةً ^(٣) ، أَوْ حَائِطٍ ، لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ . فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَلِلْبُخَارِيِّ : إِنَّمَا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ . وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ ، فَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى إِبْثَابِ الشُّفْعَةِ لِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمْ ، فِيمَا يَبِيعُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ حَائِطٍ . وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَبِيعَ نَصِيْبَهُ ، وَتَمَكَّنَ مِنْ بَيْعِهِ لِشَرِيكِهِ ، وَتَخْلِيصِهِ مِمَّا كَانَ بِصَدَدِهِ ^(٤) مِنْ تَوْقِعِ

(١) في م زيادة : « عن » .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب بيع الشريك من شريكه ، وباب بيع الأرض والدور والعروض ، من كتاب البيوع ، وفي : باب الشفعة ما لم يقسم ... ، من كتاب الشفعة ، وفي : باب الشركة في الأرضين ، وباب إذا اقتسم الشركاء ... ، من كتاب الشركة . صحيح البخاري ٣ / ١٠٤ ، ١١٤ ، ١٨٣ . ومسلم ، في : باب الشفعة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء إذا أحدث الحدود ... ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣١ . والنسائي ، في : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٢٩٦ ، ٣١٦ ، ٣٧٢ ، ٣٩٩ .

(٣) الربعة : الدار والمسكن ومطلق الأرض .

(٤) في م : « بصدده » .

الْخَالَصِ وَالْإِسْتِخْلَاصِ ، فَالَّذِي يَقْتَضِيهِ حُسْنُ الْعِشْرَةِ ، أَنْ يَبِيعَهُ مِنْهُ ، لِيَصِلَ إِلَى غَرَضِهِ مِنْ بَيْعِ نَصِيْبِهِ ، وَتَخْلِيصِ شَرِيكِهِ مِنَ الضَّرَرِ ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ، وَبَاعَهُ لِأَجْنَبِيٍّ ، سَلَطَ الشَّرْعُ الشَّرِيكَ عَلَى صَرْفِ ذَلِكَ إِلَى نَفْسِهِ . وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ هَذَا إِلَّا الْأَصَمَّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : لَا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِضْرَارًا بَابِ الْأَمْلَاكِ ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ إِذَا ابْتَاعَهُ ، لَمْ يَتَّعُهُ ، وَيَتَّقَاعِدُ الشَّرِيكَ عَنِ الشَّرَاءِ ، فَيَسْتَضِيرُّ الْمَالِكَ . وَهَذَا لَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لِمُخَالَفَتِهِ الْآثَارَ الثَّابِتَةَ وَالْإِجْمَاعَ الْمُنْعَقِدَ قَبْلَهُ . وَالْجَوَابُ عَمَّا ذَكَرَهُ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّا نُشَاهِدُ الشُّرَكَاءَ يَبِيعُونَ ، وَلَا يَعْدُمُ مَنْ يَشْتَرِي مِنْهُمْ غَيْرَ شُرَكَائِهِمْ ، وَلَمْ يَمْنَعُهُمْ اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ مِنَ الشَّرَاءِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ يُمَكِّنُهُ إِذَا لَحِقَتْهُ بِذَلِكَ مَشَقَّةٌ أَنْ يَقَاسِمَ ، فَيَسْقُطُ اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ ، وَاسْتِثْقَاكُ الشُّفْعَةِ مِنَ الشُّفْعِ^(٥) ، وَهُوَ الزَّوْجُ ، فَإِنَّ الشُّفْعَ كَانَ نَصِيْبُهُ مُنْفَرِدًا فِي مِلْكِهِ ، فَبِالشُّفْعَةِ يَضُمُّ الْمَبِيعَ إِلَى مِلْكِهِ فَيَشْفَعُهُ بِهِ . وَقِيلَ : اسْتِثْقَاكُهَا مِنَ الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَ يَزِيدُ الْمَبِيعَ فِي مِلْكِهِ .

٨٧١ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ إِلَّا لِلشَّرِيكِ الْمُقَاسِمِ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِّقَتِ الطَّرُقُ ، فَلَا شُّفْعَةَ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ عَلَى^(١) خِلَافِ الْأَصْلِ ، إِذْ هِيَ انْتِزَاعُ مِلْكِ الْمُشْتَرِي / بِغَيْرِ رِضَا مِنْهُ ، وَإِجْبَارٌ لَهُ عَلَى الْمَعَاوِضَةِ ، مَعَ مَا ذَكَرَهُ الْأَصَمُّ ، لَكِنْ أَثْبَتَهَا الشَّرْعُ لِمَصْلَحَةِ رَاجِحَةٍ ، فَلَا تَثْبُتُ إِلَّا بِشُرُوطِ أَرْبَعَةٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْمِلْكُ مُشَاعًا غَيْرَ مَقْسُومٍ ، فَأَمَّا الْجَارُ فَلَا شُّفْعَةَ لَهُ . وَبِهِ قَالَ عَمْرُ ، وَعَثْمَانُ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَسَعِيدُ ابْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَبُحَيْسِيُّ الْأَنْصَارِيِّ ، وَأَبُو الزُّنَادِ ، وَرَبِيعَةُ ، وَالْمُغِيرَةُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو

ظ ٢٩/٥

(٥) فِي ب : « الْمَشْفَعُ » .

(١) فِي ب : « فِي » .

ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وقال ابنُ شُبْرَمَةَ ، والثَّوْرِيُّ ، وابنُ أُمِّ لَيْلَى ، وأَصْحَابُ الرَّأْيِ :
 الشُّفْعَةُ بِالشَّرِكَةِ ، ثم بِالشَّرِكَةِ فِي الطَّرِيقِ ، ثم بِالْجَوَارِ . وقال أبو حنيفة : يُقَدَّمُ
 الشَّرِيكُ ، فإن لم يَكُنْ ، وكان الطَّرِيقُ مُشْتَرَكًا ، كدَرْبٍ لَا يَنْفُذُ ، تُثْبِتُ الشُّفْعَةُ لِجَمِيعِ
 أَهْلِ الدَّرْبِ ، الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبِ ، فإن لم يَأْخُذُوا ، ثَبَّتَتْ لِلْمُلَاصِقِ مِنْ دَرْبٍ آخَرَ
 خَاصَّةً . وقال الْعَنْبَرِيُّ ، وَسَوَّارٌ : تُثْبِتُ بِالشَّرِكَةِ فِي الْمَلِكِ ^(١) ، وبالشَّرِكَةِ فِي الطَّرِيقِ .
 وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى أَبُو رَافِعٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْجَارُ أَحَقُّ بِصَفْبِهِ » ^(٢) .
 رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَبُو دَاوُدَ ^(٣) . وَرَوَى الْحَسَنُ ، عَنْ سَمُرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « جَارُ
 الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٤) . قَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى ^(٥)
 التِّرْمِذِيُّ فِي حَدِيثِ جَابِرٍ ^(٦) : « الْجَارُ أَحَقُّ بِدَارِهِ بِشَفْعَتِهِ ^(٨) يَنْتَظِرُ بِهِ إِذَا كَانَ غَائِبًا ، إِذَا

(٢) في م : المال ٤ .

(٣) الصقب : القرب .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ، من كتاب الشفعة ، وفي : باب في الهبة
 والشفعة ، من كتاب الحيل . صحيح البخاري ٣ / ١١٥ ، ٩ / ٣٥ . وأبو داود ، في : باب في الشفعة ، من
 كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨١ ، ٢٨٢ . وابن
 ماجه ، في : باب الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٣ ، ٨٣٤ . والإمام أحمد ، في :
 المسند ٤ / ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٦ / ١٠ ، ٣٩٠ .

(٥) في : باب ما جاء في الشفعة ، من أبواب الأحكام .. عارضة الأحوذى ٦ / ١٢٩ .
 كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ . والإمام أحمد ، في :
 المسند ٤ / ٣٨٨ ، ٥ / ٨ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٧ ، ١٨ .

(٦) في ب ، م : ١ ورواه ٤ .

(٧) تقدم تخريجه عنه في أول الباب ، عن أبي داود ، كما أخرجه في : باب ما جاء في الشفعة للغائب ، من أبواب
 الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٦ . وابن ماجه ، في : باب
 الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٣ . والدارمي ، في : باب في الشفعة ، من كتاب
 البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٧٣ .

(٨) سقط من : م .

كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا » . وَقَالَ حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلَئِنَّهُ انْصَالَ مَلِكٌ يَدُومُ وَيَتَابُدُ ، فَتُبْتُ الشُّفْعَةَ بِهِ ^(٩) ، كَالشَّرَكَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمَ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْخُدُودُ ، وَصُرِفَتِ الطَّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » ^(١٠) . وَرَوَى ابْنُ جُرَيْجٍ ، عَنِ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، أَوْ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ ، أَوْ عَنْهُمَا ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا قُسِمَتِ الْأَرْضُ ، وَحُدَّتْ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١١) . وَلَئِنَّ الشُّفْعَةَ تَبَتَّتْ فِي مَوْضِعِ الْوِفَاقِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ، لِمَعْنَى مَعْدُومٍ فِي مَحَلِّ التَّزَايُعِ ، فَلَا تُثْبِتُ فِيهِ ، وَبَيَّانُ انْتِفَاءِ الْمَعْنَى ، هُوَ أَنَّ الشَّرِيكَ رِيًّا دَخَلَ عَلَيْهِ شَرِيكَ ، فَيَتَأَذَى بِهِ ، فَتَدْعُوهُ الْحَاجَةُ إِلَى مُقَاسَمَتِهِ أَوْ يَطْلُبُ ^(١٢) الدَّاخِلُ الْمُقَاسِمَةَ ، فَيَدْخُلُ الضَّرَرُ عَلَى الشَّرِيكَ بِنَقْصِ قِيَمَةِ مَلِكِهِ ، وَمَا يَحْتَاجُ إِلَى إِحْدَاثِهِ مِنَ الْمَرَافِقِ ، وَهَذَا لَا يُوجَدُ فِي الْمَقْسُومِ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي رَافِعٍ ، فَلَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الشُّفْعَةِ ، فَإِنَّ الصَّقَبَ الْقُرْبُ . يُقَالُ بِالسَّيْنِ وَالصَّادِ . قَالَ الشَّاعِرُ ^(١٣) :

/ كُوفِيَّةٌ نَارِخٌ مَحِلَّتُهَا لَا أُمٌّ دَارُهَا وَلَا صَقَبُ

و ٣٠/٥

فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِإِحْسَانِ جَارِهِ وَصِلَتِهِ وَعِيَادَتِهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَخَبَرْنَا صَرِيحٌ صَحِيحٌ ، فَيَقْدُمُ ، وَبَقِيَّةُ الْأَحَادِيثِ فِي أَسَانِيدِهَا مَقَالٌ ، فَحَدِيثُ سَمُرَةَ يَرْوِيهِ عَنْهُ الْحَسَنُ ، وَلَمْ يَسْمَعْ مِنْهُ إِلَّا حَدِيثَ الْعَقِيقَةِ . قَالَ أَصْحَابُ الْحَدِيثِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّدِ : الثَّابِتُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حَدِيثُ جَابِرٍ ، الَّذِي رَوَيْنَاهُ ، وَمَا عَدَاهُ مِنَ الْأَحَادِيثِ فِيهَا مَقَالٌ . عَلَى أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالْجَارِ الشَّرِيكَ ؛ فَإِنَّهُ جَارٌ أَيْضًا ، ^(١٤) وَيُسَمَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ جَارًا ، قَالَ الشَّاعِرُ :

أَجَارَتْنَا بَيْنِي فَأَيْتَكَ طَالِقَةً كَذَلِكَ أُمُورُ النَّاسِ غَادٍ وَطَارِقَةٌ

(٩) سقط من : ب .

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٤٣٥ .

(١١) تقدم تخريجه في صفحة ٤٣٥ .

(١٢) في الأصل ، م : « يطلب » .

(١٣) هو ابن قيس الرقيات ، والبيت في ديوانه ٢ .

(١٤) من هنا إلى قوله : « الأعشى » سقط من : الأصل ، ب .

قَالَه^(١٥) الْأَعَشَى . وَتُسَمَّى الضَّرَّتَانِ جَارَتَيْنِ ؛ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الزَّوْجِ . قَالَ حَمَلُ
ابْنِ مَالِكٍ : كُنْتُ بَيْنَ جَارَتَيْنِ لِي ، فَضَرَبْتُ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِمِسْطَاحٍ^(١٦) ، فَقَتَلْتُهَا
وَجَنَيْنَهَا . وَهَذَا يُمَكِّنُ فِي تَأْوِيلِ حَدِيثِ أَبِي رَافِعٍ أَيْضًا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ
الطَّرِيقِ مُفْرَدَةً أَوْ مُشْتَرَكَةً . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ ، فِي رَجُلٍ لَهُ أَرْضٌ تُشْرَبُ
هِيَ وَأَرْضُ غَيْرِهِ مِنْ نَهْرٍ وَاحِدٍ : وَلَا شُفْعَةٌ لَهُ مِنْ أَجْلِ الشُّرْبِ ، إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا
شُفْعَةٌ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ ، وَمُثْنَى ، فِي مَنْ لَا يَرَى الشُّفْعَةَ
بِالْجَوَارِ ، وَقَدَّمَ إِلَى الْحَاكِمِ فَأَنْكَرَ : لَمْ يَخْلِفْ ، إِنَّمَا هُوَ اخْتِيَارٌ ، وَقَدْ اخْتَلَفَ النَّاسُ
فِيهِ . قَالَ الْقَاضِي : إِنَّمَا هَذَا لِأَنَّ يَمِينَ الْمُنْكَرِ هُنَا عَلَى الْقَطْعِ وَالْبَيْتِ ، وَمَسَائِلُ
الْاجْتِهَادِ مَطْنُونَةٌ ، فَلَا يَقْطَعُ بِبُطْلَانِ مَذْهَبِ الْمُخَالِفِ . وَيُمْكِنُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ
هُنَا عَلَى الْوَرَعِ ، لَا عَلَى التَّحْرِيمِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْكُمُ بِبُطْلَانِ مَذْهَبِ الْمُخَالِفِ . وَيَجُوزُ
لِلْمُشْتَرِي الْاِمْتِنَاعُ بِهِ مِنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ ، فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى .

فصل : الشرط الثاني ، أن يكون المبيع أرضًا ؛ لأنها التي تبقى على الدوام ، ويدوم
ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين ؛ أحدهما ، تثبت فيه الشفعة تبعًا للأرض ، وهو
البناء والغراس يباع مع الأرض ، فإنه يؤخذ بالشفعة تبعًا للأرض ، بغير خلاف في
المذهب ، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافًا . وقد دلَّ عليه^(١٧) قول النبي
ﷺ ، وقضاه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ، ربعة أو حائط^(١٨) . وهذا يدخل فيه
البناء والأشجار^(١٩) . القسم الثاني ، ما لا تثبت فيه الشفعة تبعًا ولا مفردًا ، وهو الزرع

(١٥) في م : قال .

والبيت للأعشى في ديوانه ٢٦٣ .

(١٦) المسطح : عمود الخباء ، وانظر الحديث عند أبي داود ٤٩٨/٢ ، والنسائي ٥٢٠٥١/٨ .

(١٧) في ب : على ذلك .

(١٨) تقدم تخريجه في صفحة ٤٣٥ .

(١٩) في ب : والغراس .

وَالثَّمَرَةُ الظَّاهِرَةُ تُبَاعُ مَعَ الْأَرْضِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ مَعَ الْأَصْلِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُؤْخَذُ ذَلِكَ / بِالشُّفْعَةِ مَعَ أَصُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِمَا فِيهِ الشُّفْعَةُ ، فَيَتَّبَعُ فِيهِ الشُّفْعَةُ تَبَعًا ^(٢٠) ، كَالْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ تَبَعًا ، فَلَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ ، كَقِمَاشِ الدَّارِ ، وَعَكْسُهُ الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الشُّفْعَةَ بَيِّعَ فِي الْحَقِيقَةِ ، لَكِنَّ الشَّارِعَ جَعَلَ لَهُ سُلْطَانَ الْأَخِذِ بِغَيْرِ رِضَى الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ بَيَعَ الشَّجَرُ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ غَيْرُ ظَاهِرَةٍ ، كَالطَّلْعِ غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ ، دَخَلَ فِي الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبَعُ فِي الْبَيْعِ ، فَأُشْبِهَتِ الْغِرَاسَ فِي الْأَرْضِ . وَأَمَّا مَا يَبِيعُ مُفْرَدًا مِنَ الْأَرْضِ ، فَلَا شُّفْعَةَ فِيهِ ، سِوَاهُ كَانَ مِمَّا يَنْقَلُ ، كَالْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ وَالسُّفْنِ وَالْحِجَارَةِ وَالزَّرْعِ وَالثَّمَارِ ، أَوْ لَا يَنْقَلُ ، كَالْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ إِذَا بَيِعَ مُفْرَدًا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ الْحَسَنِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالْعَنْبَرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَرَبِيعَةَ ، وَإِسْحَاقَ : لَا شُّفْعَةَ فِي الْمَنْقُولَاتِ . وَاخْتَلَفَ ^(٢١) عَنْ مَالِكٍ وَعَطَاءٍ ، فَقَالَا مَرَّةً كَذَلِكَ ، وَمَرَّةً قَالَا : الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ ، حَتَّى فِي الثَّوْبِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ الشُّفْعَةَ وَاجِبَةٌ فِيمَا لَا يَنْقَسِمُ كَالْحِجَارَةِ وَالسِّيفِ وَالْحَيَوَانِ ، وَمَا فِي مَعْنَى ذَلِكَ . قَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فِي الْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ ، وَإِنْ بَيِعَ مُفْرَدًا ^(٢٢) . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِغُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُنْقَسَمِ » . وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ وَضِعَتْ لِدَفْعِ ^(٢٣) الضَّرَرِ ، وَحُصُولِ الضَّرَرِ بِالشَّرِكَةِ فِيمَا لَا يَنْقَسِمُ أُبْلَغَ مِنْهُ فِيمَا يَنْقَسِمُ ، وَلِأَنَّ ابْنَ أَبِي مُلَيْكَةَ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ » ^(٢٤) . وَلَنَا ، أَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُنْقَسَمِ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِفَتِ الطَّرُقُ ، فَلَا شُّفْعَةَ » . لَا يَتَنَاوَلُ إِلَّا مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ مَا لَا

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) أى النقل .

(٢٢) فى الأصل : « مفردا » .

(٢٣) فى ب : « لرفع » .

(٢٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء أن الشريك شفيع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣٤ .

يَنْقَسِمُ مِنَ الْأَرْضِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : « فَإِذَا وَقَعَتِ الْخُدُودُ ، وَصُرَفَتِ الطُّرُقُ » . وَلأنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَتَّبَقَى عَلَى الدَّوَامِ ، فَلَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، كَصَبْرِ الطَّعَامِ ، وَحَدِيثُ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ مُرْسَلٌ ، لَمْ يَرِدْ^(٢٥) فِي الْكُتُبِ الْمُتَوَاتِرَةِ بِهَا ، وَالْحُكْمُ فِي الْغِرَافِ^(٢٦) ، وَالْدُّوَلَابِ وَالنَّاعُورَةِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْبِنَاءِ . فَأَمَّا إِنْ بَاعَتِ الشَّجَرَةُ مَعَ قَرَارِهَا مِنَ الْأَرْضِ ، مُفْرَدَةً عَمَّا يَتَخَلَّلُهَا مِنَ الْأَرْضِ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ مَا لَا يَنْقَسِمُ مِنَ الْعَقَارِ ، وَلأنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فِيهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْقَرَارَ تَابِعٌ لَهَا ، فَإِذَا لَمْ تَجِبِ الشُّفْعَةُ فِيهَا مُفْرَدَةً ، / لَمْ تَجِبْ فِي^(٢٧) تَبْعِهَا . وَإِنْ بَاعَتْ حِصَّةً مِنْ عُلُوِّ دَارٍ مُشْتَرِكٍ نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ السَّقْفُ الَّذِي تَحْتَهُ لِصَاحِبِ السَّقْفِ ، فَلَا شُفْعَةَ فِي الْعُلُوِّ ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ مُفْرَدٌ ، وَإِنْ كَانَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ مُنْفَرَدٌ لِكَوْنِهِ لَا أَرْضَ لَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنِ السَّقْفُ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَرَارًا ، فَهُوَ كَالسَّقْفِ .

٣١/٥

فصل : الشرط الثالث ، أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مِمَّا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، فَأَمَّا مَا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ مِنَ الْعَقَارِ ، كَالْحَمَامِ الصَّغِيرِ ، وَالرَّحَى الصَّغِيرَةِ ، وَالْعِضَادَةِ^(٢٨) ، وَالطَّرِيقِ الضَّيِّقَةِ ، وَالْعِرَاصِ^(٢٩) الضَّيِّقَةِ ، فَعَنْ أَحَدِ رِوَايَتَيْنِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، لَا شُفْعَةَ فِيهِ . وَبِهِ قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ ، وَرَبِيعَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَالثَّانِيَةِ ، فِيهَا الشُّفْعَةُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَابْنِ سُرَيْجٍ . وَعَنْ مَالِكٍ كَالرَّوَايَتَيْنِ . وَوَجْهُ هَذَا عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ » . وَسَائِرُ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ ، وَلأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ الْمُشَارَكَةِ ، وَالضَّرَرُ فِي هَذَا النَّوعِ أَكْثَرُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ ضَرَرُهُ . وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ،

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « يَرُودُ » .

(٢٦) فِي ب ، م : « الْغِرَافُ » . وَالْغِرَافُ : مَا يَغْرِفُ بِهِ .

(٢٧) فِي م : « فِيمَا » .

(٢٨) عُضَادَاتُ الثَّيْرِ : خَشَبَتَانِ تَكُونَانِ عَلَى جَانِبَيْهِ ، وَعُضَادَاتُ الْبَابِ : خَشَبَتَانِ مَنْصُوبَتَانِ مُثَبَّتَانِ فِي الْحَائِطِ عَلَى جَانِبَيْهِ .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : « الْمِعْرَاصُ » .

لما رَوَى عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا شُفْعَةَ فِي فَنَاءٍ ، وَلَا طَرِيقَ ، وَلَا مَنْقَبَةٍ » (٣٠) .
وَالْمَنْقَبَةُ : الطَّرِيقُ الضَّيِّقُ . رَوَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَرَوَى عَنْ
عُثْمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا شُفْعَةَ فِي بَيْتٍ وَلَا فَحْلٍ (٣١) . وَلَأنَّ إِبْثَاتِ الشُّفْعَةِ فِي
هَذَا يَضُرُّ بِالْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَتَخَلَّصَ مِنْ إِبْثَاتِ الشُّفْعَةِ فِي نَصِيْبِهِ بِالْقِسْمَةِ ، وَقَدْ
يَمْتَنِعُ الْمُشْتَرِي لِأَجْلِ الشَّفِيعِ ، فَيَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ ، وَقَدْ يَمْتَنِعُ الْبَيْعُ ، فَتُسْقُطُ الشُّفْعَةُ ،
فَيُؤَدَّى إِبْثَاتُهَا إِلَى نَفْيِهَا . وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : إِنْ الشُّفْعَةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ لِذَفْعِ الضَّرَرِ الَّذِي
يَلْحَقُهُ بِالْمُقَاسَمَةِ ، لَمَّا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ إِحْدَاثِ الْمَرَافِقِ الْخَاصَّةِ ، وَلَا يُوْجَدُ هَذَا فِيمَا لَا
يَنْقَسِمُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الضَّرَرُ هَهُنَا أَكْثَرُ لَتَأْثُرِهِ . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّ الضَّرَرَ فِي مَحَلِّ الْوِفَاقِ مِنْ
غَيْرِ جَنْسِ هَذَا الضَّرَرِ ، وَهُوَ ضَرَرُ الْحَاجَةِ إِلَى إِحْدَاثِ الْمَرَافِقِ الْخَاصَّةِ ، فَلَا يُمَكِّنُ
التَّعْدِيَةَ ، وَفِي الشُّفْعَةِ هَهُنَا ضَرَرٌ غَيْرُ مُوجُودٍ فِي مَحَلِّ الْوِفَاقِ (٣٢) ، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ ،
فَتَعَدَّرَ الْإِلْحَاقُ ، فَأَمَّا مَا أُمَكِّنَ قِسْمَتُهُ مِمَّا ذَكَرْنَا ، كَالْحَمَامِ الْكَبِيرِ الْوَاسِعِ الْبُيُوتِ ،
بَحِثُ إِذَا قُسِمَ لَمْ يُسْتَضَرَّ بِالْقِسْمَةِ ، وَأُمَكِّنَ الْإِثْتِفَاعُ بِهِ حَمَامًا ، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ
فِيهِ ، وَكَذَلِكَ الْبُئْرُ وَالْدُّورُ وَالْعَصَائِدُ ، مَتَى أُمَكِّنَ أَنْ يَحْصُلَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئَانِ ، كَالْبُئْرِ
يَنْقَسِمُ بِفَرْدَيْنِ يَرْتَقِي الْمَاءُ مِنْهُمَا ، وَجَبَتْ (٣٣) الشُّفْعَةُ . / وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مَعَ الْبُئْرِ بَيَاضُ
أَرْضٍ ، بَحِثُ يَحْصُلُ الْبُئْرُ فِي أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ ، وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ تُمْكِنُ
الْقِسْمَةُ . وَهَكَذَا الرَّحَى إِنْ كَانَ لَهَا حِصْنٌ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، بَحِثُ يَحْصُلُ الْحَجَرَانِ (٣٤)
فِي أَحَدِ الْقِسْمَيْنِ ، أَوْ كَانَ فِيهَا أَرْبَعَةُ أَحْجَارٍ دَائِرَةً ، يُمَكِّنُ أَنْ يَنْفَرِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
بِحَجَرَيْنِ ، وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا أَنْ يَحْصُلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا لَا (٣٥)

ظ ٣١/٥

(٣٠) أخرجه بنحوه عبد الرزاق ، في : باب هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة ، من كتاب البيوع .

المصنف ٧٨ / ٨ .

(٣١) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٢) في ب : « النزاع » .

(٣٣) في الأصل : « أوجبت » .

(٣٤) في م : « الحجر » .

(٣٥) في م : « لم » .

يَتِمَكَّنُ بِهِ^(٣٦) مِنْ إِبْقَائِهَا رَحَى ، لَمْ تَجِبِ الشُّفْعَةُ . فَأَمَّا الطَّرِيقُ ، فَإِنَّ الدَّارَ إِذَا بَيْعَتْ وَلَهَا طَرِيقٌ فِي شَارِعٍ أَوْ دَرْبٍ نَافِذٍ ، فَلَا شُفْعَةَ فِي تِلْكَ^(٣٧) الدَّارِ وَلَا فِي الطَّرِيقِ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ لِأَحَدٍ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، وَلَا طَرِيقٌ لِلدَّارِ سِوَى تِلْكَ الطَّرِيقِ ، فَلَا شُفْعَةَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ إِبْتِثَاتَ ذَلِكَ يَضُرُّ بِالْمُشْتَرَى ، لِأَنَّ الدَّارَ تَبْقَى لَا طَرِيقَ لَهَا . وَإِنْ كَانَ لِلدَّارِ بَابٌ آخَرُ ، يُسْتَطَرَّقُ مِنْهُ ، أَوْ كَانَ لَهَا مَوْضِعٌ يَفْتَحُ مِنْهُ بَابٌ لَهَا إِلَى طَرِيقٍ نَافِذٍ^(٣٨) ، نَظَرْنَا فِي طَرِيقِ^(٣٩) الْمَبِيعِ مِنَ الدَّارِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا^(٤٠) لَا تُمَكِّنُ قِسْمَتُهُ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ تُمَكِّنُ قِسْمَتُهُ ، وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَرْضٌ مُشْتَرَكَةٌ تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، فَوَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، كَغَيْرِ الطَّرِيقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فِيهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَلْحَقُ الْمُشْتَرَى بِتَحْوِيلِ الطَّرِيقِ إِلَى مَكَانٍ آخَرَ ، مَعَ مَا فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ مِنْ تَفْرِيقِ^(٤١) صَفْقَةِ الْمُشْتَرَى ، وَأَخْذِ بَعْضِ الْمَبِيعِ مِنَ الْعَقَارِ دُونَ بَعْضٍ ، فَلَمْ يَجُزْ . كَمَا لَوْ كَانَ الشَّرِيكَ فِي الطَّرِيقِ شَرِيكًا فِي الدَّارِ ، فَأَرَادَ أَخْذَ الطَّرِيقِ وَحْدَهَا . وَالْقَوْلُ فِي دِهْلِيزِ الْجَارِ وَصَحْنِهِ ، كَالْقَوْلِ فِي الطَّرِيقِ الْمَمْلُوكِ . وَإِنْ كَانَ نَصِيبُ الْمُشْتَرَى مِنَ الطَّرِيقِ أَكْثَرَ مِنْ حَاجَتِهِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فِي الزَّائِدِ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِوُجُودِ الْمُقْتَضَى ، وَعَدَمِ الْمَانِعِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ فِي ثُبُوتِهَا تَبْعِيضَ صَفْقَةِ الْمُشْتَرَى ، وَلَا يَخْلُو مِنَ الضَّرَرِ^(٤٢) .

فصل : الشرط الرابع ، أن يكون الشُّفْعُ^(٤٣) مُنْتَقَلًا بِعَوْضٍ ، وَأَمَّا الْمُنْتَقَلُ بِغَيْرِ

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٨) في الأصل ، ب : « النافذ » .

(٣٩) في الأصل ، ب : « الطريق » .

(٤٠) في ب ، م : « ممرا » .

(٤١) في ب : « تعويق » . وفي م : « تعويت » .

(٤٢) في الأصل : « الضر » .

(٤٣) في م : « شقفا » .

عَوْضٍ ، كَالْهَبَةِ بِغَيْرِ نَوَابٍ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، وَالْإِزْثِ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ، فِي قَوْلِ
 عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ رِوَايَةً
 أُخْرَى فِي الْمُتَّقِلِ بِهَبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ ، أَنَّ فِيهِ الشُّفْعَةَ ، وَيَأْخُذُهَا الشَّفِيعُ بِقِيَمَتِهِ . وَحُكِيَ
 ذَلِكَ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ تَبَتُّ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، وَهَذَا مُوجُودٌ فِي / الشَّرِكَةِ
 كَيْفَمَا كَانَ ، وَالضَّرَرُ اللَّاحِقُ بِالْمُتَّهِبِ دُونَ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ إِقْدَامَ الْمُشْتَرِي عَلَى
 شِرَاءِ الشُّفْصِ ، وَيَذَلُّهُ مَالُهُ فِيهِ ، دَلِيلٌ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، فَاتِّزَاعُهُ مِنْهُ أَعْظَمُ ضَرَرًا مِنْ أَخْذِهِ
 مِمَّنْ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ دَلِيلُ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ انْتَقَلَ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، أَشْبَهَ الْمِيرَاثَ ، وَلِأَنَّ
 مَحَلَّ الْوِفَاقِ هُوَ الْبَيْعُ ، وَالْخَبَرُ وَرَدَ فِيهِ ، وَلَيْسَ غَيْرُهُ فِي مَعْنَاهُ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُهُ مِنْ
 الْمُشْتَرِي بِمِثْلِ السَّبَبِ الَّذِي انْتَقَلَ بِهِ إِلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ هَذَا فِي غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ
 الشُّفْصَ بِقِيَمَتِهِ ، لَا بِقِيَمَتِهِ ، وَفِي غَيْرِهِ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ ، فَافْتَرَقَا . فَأَمَّا الْمُتَّقِلُ بِعَوْضٍ
 فَيَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا عَوْضُهُ الْمَالُ ، كَالْبَيْعِ ، فَهَذَا فِيهِ الشُّفْعَةُ بِغَيْرِ خِلَافٍ ،
 وَهُوَ فِي حَدِيثِ جَابِرٍ ، فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يُوْذَنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ عَقْدٍ جَرَى مَجْرَى
 الْبَيْعِ ، كَالصُّلْحِ بِمَعْنَى الْبَيْعِ ، وَالصُّلْحِ عَنِ الْجَنَائِيَّاتِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ، وَالْهَبَةِ الْمَشْرُوطِ
 فِيهَا ^(٤٤) نَوَابٍ مَعْلُومٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بَيْعٌ تَبَتُّ فِيهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ ، وَهَذَا مِنْهَا ، وَبِهِ يَقُولُ
 مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَصْحَابَهُ قَالُوا : لَا تُثَبِّتُ الشُّفْعَةُ
 فِي الْهَبَةِ الْمَشْرُوطِ فِيهَا نَوَابٍ حَتَّى يَتَقَابَضَا ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ لَا تُثَبِّتُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، فَأَشْبَهَتْ
 الْبَيْعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِعَوْضٍ هُوَ مَالٌ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْقَبْضِ فِي
 اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلَا يَصِحُّ مَا قَالُوهُ مِنْ اعْتِبَارِ لَفْظِ الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَوْضَ
 صَرَفَ اللَّفْظِ عَنْ مُقْتَضَاهُ ، وَجَعَلَهُ عِبَارَةً عَنِ الْبَيْعِ ، خَاصَّةً عِنْدَهُمْ ، فَإِنَّهُ يَنْعَقِدُ بِهَا
 النِّكَاحُ الَّذِي لَا تَصِحُّ الْهَبَةُ فِيهِ بِالْإِثْقَاقِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، مَا انْتَقَلَ بِعَوْضٍ غَيْرِ الْمَالِ ، نَحْوُ
 أَنْ يَجْعَلَ الشُّفْصَ مَهْرًا ، أَوْ عَوْضًا فِي الْخُلْعِ ، أَوْ فِي الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، فَظَاهِرٌ كَلَامُ

الْخِرْقَى أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِيهِ^(٤٥) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَرَّضْ فِي جَمِيعِ مَسَائِلِهِ لِغَيْرِ الْبَيْعِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي
بَكْرِ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، حَكَاهُ عَنْهُمْ ابْنُ
الْمُنْذِرِ ، وَاخْتَارَهُ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَالْحَارِثُ
الْعُكْلِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالشَّافِعِيُّ . ثُمَّ اخْتَلَفُوا^(٤٦) بِمَ يَأْخُذُهُ ؟ فَقَالَ ابْنُ
شُبْرُمَةَ ، وَمَالِكٌ^(٤٧) ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : يَأْخُذُ الشَّقْصَ بِقِيمَتِهِ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ قِيَاسُ
قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّا لَوْ أَوْجَبْنَا مَهْرَ الْمِثْلِ ، لَقَوَّمْنَا الْبُضْعَ عَلَى الْأَجَانِبِ ، وَأَضْرَرْنَا
بِالشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ مَهْرَ الْمِثْلِ يَتَفَاوَتْ مَعَ الْمُسَمَّى ، لِتَسَامُجِ النَّاسِ فِيهِ فِي الْعَادَةِ ، بِخِلَافِ
الْبَيْعِ . وَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ كَانَ الشَّقْصُ صَدَاقًا ، أَوْ عَوْضًا فِي
خُلْعٍ / ، أَوْ مُتْعَةً فِي طَلَاقٍ ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمَهْرِ الْمَرْأَةِ . وَهُوَ قَوْلُ الْعُكْلِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛
لَأَنَّهُ مَلَكَ الشَّقْصَ^(٤٨) بِبَدَلٍ لَيْسَ لَهُ مِثْلٌ ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ إِلَى قِيَمَةِ الْبَدَلِ فِي الْأَخْذِ
بِالشُّفْعَةِ^(٤٩) ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِعَوْضٍ ، وَاسْتَجُوعَا عَلَى أَخْذِهِ بِالشُّفْعَةِ بِأَنَّهُ عَقَارٌ مَمْلُوكٌ بِعَقْدِ
مُعَاوَضَةٍ ، فَاشْتَبَهَ الْبَيْعَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ بِغَيْرِ مَالٍ ، أَشْبَهَ الْمَوْهُوبَ وَالْمَوْرُوثَ ، وَلَأَنَّهُ
يَمْتَنِعُ^(٥٠) أَخْذَهُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ ؛ لِمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ ، وَبِالْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَعِيزُ بِعَوْضِ الشَّقْصِ ،
فَلَا يَجُوزُ الْأَخْذُ بِهَا ، كَالْمَوْرُوثِ ، فَيَتَعَذَّرُ أَخْذُهُ ، وَلَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ عَوْضٌ يُمَكِّنُ الْأَخْذَ
بِهِ ، فَاشْتَبَهَ الْمَوْهُوبَ وَالْمَوْرُوثَ ، وَفَارَقَ الْبَيْعَ ، فَإِنَّهُ أُمِكَنَ الْأَخْذَ بِعَوْضِهِ . فَإِنْ قُلْنَا :
إِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ . فَطُلِقَ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، بَعْدَ عَفْوِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ يَنْصِفُ مَا
أَصْدَقَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ فِي يَدِهَا بِصِفَتِهِ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ أَخْذِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ يَنْصِفُ
قِيَمَتَهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَا زَالَ عَنْهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ بَاعَتْهُ^(٥١) ، وَإِنْ طَلَّقَ قَبْلَ عِلْمِ الشَّفِيعِ ، ثُمَّ

(٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) في م : « اختلف » .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨ - ٤٩) سقط من : الأصل .

(٤٩) في الأصل : « يمنع » .

عَلِمَ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، حَقُّ الشَّفِيعِ مُقَدَّمٌ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، لِأَنَّهُ يَثْبُتُ
بِالنِّكَاحِ^(٥٠) ، وَحَقُّ الزَّوْجِ بِالطَّلَاقِ . وَالثَّانِي ، حَقُّ الزَّوْجِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالنَّصِّ
وَالْإِجْمَاعِ ، وَالشُّفْعَةُ هُنَا لَا نَصَّ فِيهَا وَلَا إِجْمَاعٌ . فَأَمَّا إِنْ عَفَا الشَّفِيعُ ، ثُمَّ طَلَّقَ
الزَّوْجُ ، فَرَجَعَ فِي نِصْفِ الشَّقْصِ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ مِنْهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ جَاءَ
الْفَسْخُ مِنْ قَبْلِ الْمَرْأَةِ ، فَرَجَعَ الشَّقْصُ كُلُّهُ إِلَى الزَّوْجِ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ ؛ لِأَنَّهُ
عَادَ إِلَى الْمَالِكِ لِزَوَالِ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ الشَّفِيعُ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ
فَسْخٍ يَرْجِعُ بِهِ الشَّقْصُ إِلَى الْعَاقِدِ ، كَرَدِّهِ بِعَيْبٍ ، أَوْ مُقَايَلَةٍ ، أَوْ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعِينَ ،
أَوْ رَدِّهِ لِعَبْرٍ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الْإِقَالَةِ رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهَا بَيِّنَةٌ ، فَتَثْبُتُ فِيهَا الشُّفْعَةُ . وَهُوَ
قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . فَعَلَى هَذَا لَوْ لَمْ يَعْلَمْ الشَّفِيعُ حَتَّى تَقَايَلَا ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ أَيِّهِمَا شَاءَ .
وَإِنْ عَفَا عَنْ الشُّفْعَةِ فِي الْبَيْعِ ، ثُمَّ تَقَايَلَا ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا .

فصل : وَإِذَا جَنَى جَنَائَتَيْنِ ، عَمْدًا وَخَطَأً ، فَصَالَحَهُ مِنْهُمَا عَلَى شِقْصٍ ، فَالشُّفْعَةُ
فِي نِصْفِ^(٥١) الشَّقْصِ دُونَ بَاقِيهِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَهَذَا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي
نَقُولُ فِيهَا : إِنَّ مُوَجِبَ الْعَمْدِ الْقِصَاصُ عَيْنًا . وَإِنْ قُلْنَا : مُوَجِبُهُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ .
وَجَبَتْ^(٥٢) الشُّفْعَةُ فِي الْجَمِيعِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا شُّفْعَةُ فِي الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ فِي الْأَخْذِ بِهَا
تَبْعِيضَ الصَّفَقَةِ عَلَى الْمُشْتَرَى . وَلَنَا ، أَنَّ مَا قَابَلَ الْخَطَأَ عَوَضٌ عَنْ مَالٍ ، فَوَجَبَتْ فِيهِ
الشُّفْعَةُ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ ، وَلِأَنَّ الصَّفَقَةَ جَمَعَتْ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ فِيهِ ،
فَوَجَبَتْ فِيمَا تَجِبُ فِيهِ دُونَ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شِقْصًا وَسَيْفًا^(٥٣) . وَهَذَا الْأَصْلُ
يُطْلَقُ مَا ذَكَرَهُ . وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَقْيَسُ ؛ لِأَنَّ فِي / الشُّفْعَةِ تَبْعِيضَ الشَّقْصِ عَلَى

٣٣/٥

(٥٠) فِي م : « بِالْبَيْعِ » .

(٥١) فِي ب : « بَعْضُ » .

(٥٢) فِي الْأَصْلِ : « وَجْهٌ » .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ سَيْفًا » .

المُشْتَرَى ، وربما لا يَنْقَى منه إلا ما لا نَفْعَ فيه ، فَأَشْبَهَ ما لو أَرَادَ أَحَدُ الشُّفْعَيْنِ أَخْذَ بعضِهِ مع عَفْوِ صَاحِبِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الشَّقْصِ وَالسَّيْفِ . وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا : إن^(٥٤) الواجبُ أَخْذَ شَيْئَيْنِ . فِبِاخْتِيَارِهِ الصُّلْحَ سَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَتَعَيَّنَتِ الدِّيَةُ ، فَكَانَ الْجَمِيعُ عَوْضًا عَنِ الْمَالِ .

فصل : ولا تُثَبِّتُ الشُّفْعَةُ فِي بَيْعِ الْخِيَارِ قَبْلَ انْقِضَائِهِ ، سواءَ كانَ الْخِيَارُ لهما أو لأَحَدِهِما وحده ، أَيُّهما كان . وقال أبو الحَطَّابِ : يَتَخَرَّجُ أَنْ تُثَبِّتَ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ انْتَقَلَ ، فَتُثَبِّتُ^(٥٥) الشُّفْعَةُ فِي مُدَّةِ^(٥٥) الْخِيَارِ ، كما بعدَ انْقِضَائِهِ . وقال أبو حنيفة : إن كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ، أو لهما ، لم تُثَبِّتِ الشُّفْعَةُ حَتَّى يَنْقُضِيَ ؛ لِأَنَّ فِي الْأَخْذِ بها إسقاطَ حَقِّ الْبَائِعِ مِنَ الْفَسْخِ ، وإلْزَامَ الْبَيْعِ فِي حَقِّهِ بغيرِ رِضاهُ ، ولأنَّ الشُّفْعَ إِنَّمَا يَأْخُذُ مِنَ الْمُشْتَرَى ، ولم يَنْتَقِلِ الْمَلِكُ إِلَيْهِ . وإن كان الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرَى ، فقد انْتَقَلَ الْمَلِكُ إِلَيْهِ ، ولا حَقَّ لغيرِهِ فيه ، والشُّفْعُ يَمْلِكُ أَخْذَهُ بعدَ لزومِ الْبَيْعِ واستقرارِ الْمَلِكِ ، فلاَنَ يَمْلِكُ ذَلِكَ قَبْلَ لزومه أَوَّلَى ، وعامةُ ما يُقَدَّرُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَهُ ، وذلك لا يَمْنَعُ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ ، كما لو وَجَدَ به عَيِّنًا . وللشافعي قولان ، كالمَذْهَبَيْنِ . ولنا ، أَنَّهُ مَبِيعٌ فِيهِ الْخِيَارُ ، فلم تُثَبِّتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، كما لو كان لِلْبَائِعِ ؛ وذلك لِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ يُلْزِمُ الْمُشْتَرَى بِالْعَقْدِ بغيرِ رِضاهُ ، وَيُوجِبُ الْعَهْدَ^(٥٦) عَلَيْهِ ، وَيَقُوتُ حَقُّهُ مِنَ الرُّجُوعِ فِي عَيْنِ الثَّمَنِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ، فَإِنَّا إِنَّمَا مَنَعْنَا مِنَ الشُّفْعَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ خِيَارِ الْبَائِعِ ، وَتَقْوِيَةِ حَقِّ الرُّجُوعِ عَلَيْهِ^(٥٧) فِي عَيْنِ مَالِهِ^(٥٨) ، وهما فِي نَظَرِ الشَّرْعِ عَلَى السَّوَاءِ . وفارقَ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا ثَبَّتَ لِاسْتِدْرَاكِ الظُّلَامَةِ ، وذلك يُزُولُ بِأَخْذِ

(٥٤) سقط من : الأصل .

(٥٥-٥٥) سقط من : الأصل .

(٥٦) في الأصل : « العهد » .

(٥٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٥٨) في م : « ما لهما » .

الشَّفِيع ، فَإِنْ بَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، عَالِمًا بِبَيْعِ الْأَوَّلِ ، سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ ، وَتَبَتِ الشَّفَعَةُ فِيمَا بَاعَهُ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَفِي وَجْهِ آخَرَ ، أَنَّهُ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ ، بِنَاءً عَلَى الْمِلْكِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لَمَنْ هُوَ مِنْهُمَا . وَإِنْ بَاعَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ ، فَكَذَلِكَ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ زَالَ قَبْلَ ثُبُوتِ الشَّفَعَةِ . وَتَوَجَّهَ عَلَى تَخْرِيجِ أَبِي الْخَطَّابِ أَنْ لَا تَسْقُطَ شَفَعَتُهُ ، فَيَكُونُ لَهُ عَلَى هَذَا اخْتِذَ الشَّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَ الشَّقْصَ الَّذِي بَاعَهُ الشَّفِيعُ مِنْ مُشْتَرِيهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ شَرِيكًا لِلشَّفِيعِ حِينَ بَيَّعَهُ .

فصل : وَبَيْعُ الْمَرِيضِ كَبَيْعِ الصَّحِيحِ / ، فِي الصَّحَّةِ ، وَثُبُوتِ الشَّفَعَةِ ، وَسَائِرِ الْأَحْكَامِ ، إِذَا بَاعَ بِمَنْ عِنْدَ الْمِثْلِ ، سَوَاءً كَانَ لِوَارِثٍ أَوْ غَيْرِ وَاِثٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ لِوَارِثِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ ، كَالصَّبِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا حُجِرَ عَلَيْهِ فِي التَّبَرُّعِ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الصَّحَّةُ فِيمَا سِوَاهُ ، كَالْأَجْنَبِيِّ إِذَا لَمْ يَزِدْ عَلَى التَّبَرُّعِ بِالثُّلُثِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَجَرَ فِي شَيْءٍ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ غَيْرِهِ ، كَمَا أَنَّ الْحَجَرَ عَلَى الْمُتَرْتِهِنِ فِي الرَّهْنِ لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِي غَيْرِهِ ، وَالْحَجَرَ عَلَى الْمُفْلِسِ فِي مَالِهِ لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِي ذِمَّتِهِ . فَأَمَّا بَيْعُهُ بِالْمُحَابَاةِ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لِوَارِثٍ أَوْ لغيرِهِ ، فَإِنْ كَانَ لِوَارِثٍ ، بَطَلَتْ الْمُحَابَاةُ ؛ لِأَنَّهَا فِي الْمَرَضِ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ ، وَالْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ لَا تَجُوزُ ، وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ مِنَ الْمَبِيعِ . وَهَلْ يَصِحُّ فِيمَا عَدَاهُ ؟ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي بَذَلَ الثَّمَنَ فِي كُلِّ الْمَبِيعِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي بَعْضِهِ ^(٥٩) ، كَمَا قَوْلُ : بَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بَعَشْرَةَ . فَقَالَ : قَبِلْتُ الْبَيْعَ فِي نِصْفِهِ . أَوْ قَالَ : قَبِلْتُهُ بِخَمْسَةِ . أَوْ قَالَ : قَبِلْتُ نِصْفَهُ بِخَمْسَةِ . وَلَئِنَّهُ لَمْ يُمَكِّنْ تَصْحِيحُ الْبَيْعِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَوَاجَبَا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ ، وَيَصِحُّ

فيما يُقَابِلُ الثَّمَنَ المُسَمَّى ، وَلِلْمُشْتَرِيِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْأَخْذِ وَالْفَسْخِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَفَرَّقَتْ عَلَيْهِ ، وَلِلشَّفِيعِ اخْتِذُ مَا صَحَّ الْبَيْعُ فِيهِ . وَإِنَّمَا قُلْنَا بِالصَّحَّةِ ؛ لِأَنَّ الْبُطْلَانَ إِنَّمَا جَاءَ مِنَ الْمُحَابَاةِ ، فَانْتَحَصَ بِمَا قَابَلَهَا^(٦٠) . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ يَصِحُّ فِي الْجَمِيعِ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَّةِ ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ صَحِيحَةٌ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَائِظِ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَّةِ ، فَكَذَلِكَ الْمُحَابَاةُ لَهُ^(٦١) ، فَإِنْ أَجَازُوا الْمُحَابَاةَ^(٦٢) ، صَحَّ الْبَيْعُ فِي الْجَمِيعِ ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِيِ ، وَمِلْكُ الشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ ، وَإِنْ رَدُّوا ، بَطَلَ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ ، وَصَحَّ فِيمَا بَقِيَ . وَلَا يَمْلِكُ الشَّفِيعُ الْأَخْذُ قَبْلَ إِجَازَةِ الْوَرَّةِ أَوْ رَدِّهِمْ^(٦٣) ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ مُتَعَلِّقٌ^(٦٤) بِالْمَبِيعِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِنْطِلَاقُهُ ، وَلَهُ اخْتِذُ مَا صَحَّ الْبَيْعُ فِيهِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْمُشْتَرِيِ الرَّدَّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ، وَفِي التِّي قَبْلَهَا ، وَاخْتَارَ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ بِالشَّفَعَةِ ، قَدَّمَ الشَّفِيعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الْمُشْتَرِيِ ، وَيَجْرِي^(٦٥) مَجْرَى الْمَعِيبِ إِذَا رَضِيَ الشَّفِيعُ بِعَيْهِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِيِ أَجْنَبِيًّا ، وَالشَّفِيعُ أَجْنَبِيًّا ، فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْمُحَابَاةُ عَلَى الثَّلَاثِ ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِهَا^(٦٦) بِذَلِكَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ حَصَلَ بِهِ ، فَلَا يَمْنَعُ مِنْهَا كَوْنُ الْمَبِيعِ مُسْتَرَحْصًا ، وَإِنْ زَادَتْ / عَلَى الثَّلَاثِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ حُكْمُ أَصْلِ الْمُحَابَاةِ فِي حَقِّ الْوَارِثِ . وَإِنْ كَانَ الشَّفِيعُ وَارِثًا ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الْأَخْذُ بِالشَّفَعَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ وَقَعَتْ لغيرِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعُ مِنْهَا تَمَكُّنُ الْوَارِثِ مِنْ أَخْذِهَا ، كَمَا لَوْ وَهَبَ غَرِيمٌ وَارِثُهُ مَالًا ، فَأَخَذَهُ الْوَارِثُ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ الْبَيْعُ ، وَلَا تَجِبُ الشَّفَعَةُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَنْبَتْنَاهَا جَعَلْنَا لِلْمَوْرُوثِ سَبِيلًا

(٦٠) فِي م : « يَقَابِلَهَا » .

(٦١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَرَدَّهُمْ » .

(٦٤) فِي الْأَصْلِ : « يَتَلَقَّى » .

(٦٥) فِي ب ، م : « وَجَرَى » .

(٦٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

إلى إثباتِ حَقِّ لَوَارِثِهِ فِي الْمُحَابَاةِ ، وَيُفَارِقُ الْهَبَةَ لِغَرِيمِ الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْوَارِثِ الْأَخَذَ بِدَيْنِهِ لَا مِنْ جِهَةِ الْهَبَةِ ، وَهَذَا اسْتِحْقَاقُهُ بِالْبَيْعِ الْحَاصِلِ مِنْ مَوْرُوثِهِ ، فَافْتَرَقَا . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا خَمْسَةُ أَوْجُهٍ ، وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ مِنْ أَصْلِهِ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى إِصْصَالِ الْمُحَابَاةِ إِلَى الْوَارِثِ . وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ فَرَعٌ لِلْبَيْعِ . وَلَا يَبْطُلُ الْأَصْلُ بِبُطْلَانِ فَرَعٍ لَهُ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، مَا حَصَلَتْ لِلْوَارِثِ بِالْمُحَابَاةِ^(٦٧) ، إِنَّمَا حَصَلَتْ لِغَيْرِهِ ، وَوَصَلَتْ إِلَيْهِ بِجِهَةِ الْأَخْذِ مِنَ الْمُشْتَرَى ، فَأُشْبِهَ هَبَةَ غَرِيمِ الْوَارِثِ . الْوَجْهُ الرَّابِعُ ، أَنَّ لِلشُّفْعِ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ مَا عَدَا الْمُحَابَاةَ بِجَمِيعِ^(٦٨) الثَّمَنِ ، بِمَنْزِلَةِ هَبَةِ^(٦٩) الْمُقَابِلِ لِلْمُحَابَاةِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ بِالنِّصْفِ مَثَلًا هَبَةً لِلنِّصْفِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ هَبَةٍ^(٦٩) النَّصْفِ ، مَا كَانَ لِلشُّفْعِ الْأَجْنَبِيِّ اخْذُ الْكُلِّ ، لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ لَا شُفْعَةَ فِيهِ . الْخَامِسُ ، أَنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ فِي قَدْرِ الْمُحَابَاةِ ، وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهَا مُحَابَاةٌ لِأَجْنَبِيٍّ بِمَا دُونَ الثُّلُثِ ، فَلَا تَبْطُلُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنِ الشَّقْصُ مَشْفُوعًا .

فصل : وَيَمْلِكُ الشُّفْعِيُّ الشَّقْصَ بِأَخْذِهِ بِكُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى اخْذِهِ ، بَأَن يَقُولَ : قَدْ أَخَذْتُهُ بِالثَّمَنِ . أَوْ تَمَلَّكْتُهُ بِالثَّمَنِ . أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ الثَّمَنُ وَالشَّقْصُ مَعْلُومَيْنِ ، وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى حُكْمٍ^(٧٠) حَاكِمٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يَمْلِكُهُ بِالْمُطَالَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ السَّابِقَ سَبَبٌ ، فَإِذَا انْضَمَّتْ إِلَيْهِ الْمُطَالَبَةُ ، كَانَ كَالِإِجَابِ فِي الْبَيْعِ انْضَمَّ إِلَيْهِ الْقَبُولُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَحْصُلُ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَلَ لِلْمَلِكِ عَنْ مَالِكِهِ إِلَى غَيْرِهِ فَهَرَأَ فَافْتَقَرَ إِلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ ، كَأَخْذِ دَيْنِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ بِالنِّصْفِ وَالْإِجْمَاعِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى حَاكِمٍ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَفِضُ

(٦٧) فِي ب ، م : « الْحَابَاة » .

(٦٨) فِي م : « بِقَدْرِهِ مِنْ » .

(٦٩-٦٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقْلًا نَظَرُ .

(٧٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

بهذا الأصل ، وبأخذ الزوج نصف الصَّدَاقِ بالطلاق قبل الدُّخُول ، ولأنَّه مَالٌ يَمْلِكُهُ قَهْرًا ، فَمِلْكُهُ^(٧١) بالأخذ ، كَالْعَنَائِمِ وَالْمُبَاحَاتِ ،^(٧٢) وَمِلْكُهُ بِاللَّفْظِ^(٧٣) الدَّالُّ عَلَى الْأَخْذِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ فِي الْحَقِيقَةِ ، لَكِنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَقِلُّ بِهِ ، فَاتَّقِلُ^(٧٤) بِاللَّفْظِ الدَّالُّ عَلَيْهِ . وَقَوْلُهُمْ : يَمْلِكُ بِالْمُطَالَبَةِ بِمُجَرَّدِهَا . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ / لَوْ مَلَكَ بِهَا لَمَّا سَقَطَتْ الشُّفْعَةُ بِالْعَفْوِ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ ، وَلَوْ جَبَّ أَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ شَفِيعَانِ . فَطَلَبْنَا الشُّفْعَةَ ، ثُمَّ تَرَكَ أَحَدَهُمَا ، أَنْ يَكُونَ لِلْآخَرِ أَخْذُ^(٧٥) قَدَرِ نَصِيبِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ أَخْذَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ : قَدْ أَخَذْتُ الشَّقْصَ بِالثَّمَنِ الَّذِي تَمَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ . وَهُوَ عَالِمٌ بِقَدْرِهِ ، وَبِالْمَبِيعِ ، صَحَّ الْأَخْذُ ، وَمَلَكَ الشَّقْصَ ، وَلَا خِيَارَ لَهُ ،^(٧٦) وَلَا لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الشَّقْصَ يُؤْخَذُ قَهْرًا ، وَالْمَقْهُورُ لَا خِيَارَ لَهُ^(٧٧) ، وَالْأَخْذُ قَهْرًا لَا خِيَارَ لَهُ أَيْضًا ، كَمَا سَتَرَجَعَ الْمَبِيعُ لِعَيْبٍ فِي ثَمَنِهِ ، أَوْ الثَّمَنِ لِعَيْبٍ فِي الْمَبِيعِ . وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَعْجُولًا أَوْ الشَّقْصُ^(٧٨) ، لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ فِي الْحَقِيقَةِ ، فَيُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِالْعَوَضَيْنِ^(٧٩) ، كَسَائِرِ الْبُيُوعِ . وَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالشُّفْعَةِ ، ثُمَّ يَتَعَرَّفُ مَقْدَارَ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، وَالْمَبِيعِ ، فَيَأْخُذُهُ بِثَمَنِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ الْأَخْذَ مَعَ جَهَالَةِ^(٨٠) الشَّقْصِ ، بِنَاءً عَلَى بَيْعِ الْغَائِبِ .

فصل : وَإِذَا أَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَ الشَّقْصِ ، وَكَانَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، أَخَذَهُ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، أَخَذَهُ مِنْهُ وَكَانَ كَأَخْذِهِ مِنَ الْمُشْتَرِي . هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ

(٧١) فِي الْأَصْلِ : « فَمِلْكُهُ » .

(٧٢-٧٣) فِي م : « وَبِاللَّفْظِ » .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : « فَاسْتَقِلَّ » .

(٧٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٧٦-٧٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٧٨) فِي الْأَصْلِ : « وَالشَّقْصِ » .

(٧٩) فِي ب : « بِالْعَوَضِ » .

قول أبي حنيفة ؛ لأنَّ العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ، ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمائنه ، ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد ، فصار كالمو قبضه المشتري . وقال القاضي : ليس له أخذه من البائع ، ويخبر الحاكم المشتري على قبضه ، ثم يأخذه الشفيع منه . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأنَّ الشفيع يشتري الشقص من المشتري ، فلا يأخذه من غيره . ويتنا ذلك على أن المبيع لا يتم إلا بالقبض ، فإذا فات القبض بطل العقد ، وسقطت الشفعة .

فصل : وإذا أقر البائع بالبيع ، وأنكر المشتري ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، للشفيع الأخذ بالشفعة . وهو قول أبي حنيفة ، والمزني . والثاني ، ليس له الأخذ بها . ونصره الشريف أبو جعفر في « مسائله » . وهو قول مالك ، وابن شريج ؛ لأنَّ الشفعة فرع للبيع ^(٧٨) ، ولم يثبت فلا يثبت فرعه ، ولأنَّ الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري ، وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه . ووجه الأول ، أن البائع أقر بحقين ؛ حق للشفيع ، وحق للمشتري ، فإذا سقط حق المشتري بإنكاره ، ثبت حق الشفيع ، كالمو أقر بدار لرجلين ، فأنكر أحدهما ، ولأنَّه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار ، والشفيع يدعى ذلك ، فوجب ^(٧٩) قبوله ، كالمو أقر أنها ملكه . فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ، ويسلم إليه الثمن ، ويكون ذلك الشفيع على البائع ، لأنَّ القبض منه ، ولم يثبت الشراء في حق المشتري . وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ؛ ليثبت البيع في حقه ، وتكون العهدة عليه ؛ لأنَّ مقصود البائع الثمن ، وقد حصل من الشفيع ، ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة ، وقد حصل من البائع ، فلا فائدة في المحاكمة . فإن قيل : أليس لو ادعى على رجل ديناً ، فقال آخر : أنا أدفع إليك الدين الذي تدعيه ، ولا تخصمه . لا يلزمه قبوله ، فهل لا قلتم ههنا كذلك ؟ قلنا : في

٣٥٥

(٧٨) في الأصل : و البيع .

(٧٩) في م : و فوجب .

الدَّيْنِ عَلَيْهِ مِثَّةٌ فِي قَبُولِهِ مِنْ غَيْرِ غَرِيمِهِ ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ ، وَلَئِنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي أَنَّ الثَّمَنَ الَّذِي يَدْفَعُهُ الشَّفِيعُ حَقٌّ لِلْمُشْتَرِي عَوَضًا عَنْ هَذَا الْمَبِيعِ ، فَصَارَ كَالثَّائِبِ عَنِ الْمُشْتَرِي فِي دَفْعِ الثَّمَنِ ، وَالْبَائِعُ كَالثَّائِبِ عَنْهُ فِي دَفْعِ الشَّقْصِ ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ ، فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ مُقْرًا بِقَبْضِ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي ، بَقِيَ الثَّمَنُ الَّذِي عَلَى الشَّفِيعِ لَا يَدَّعِيهِ أَحَدٌ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ ^(٨٠) يَقُولُ : هُوَ لِلْمُشْتَرِي . ^(٨١) وَالْمُشْتَرِي يَقُولُ : لَا أَسْتَحِقُّهُ . فَبِهِ ثَلَاثَةُ أَجْهِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُقَالَ لِلْمُشْتَرِي ^(٨٢) : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَهُ ^(٨٣) ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَ مِنْهُ . وَالثَّانِي ، يَأْخُذُهُ الْحَاكِمُ عَنْدَهُ . وَالثَّلَاثُ ، يَبْقَى فِي ذِمَّةِ الشَّفِيعِ . وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ مَتَى ادَّعَاهُ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي ، دُفِعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لِأَحَدِهِمَا . وَإِنْ تَدَّعَايَاهُ جَمِيعًا ، فَأَقْرَ الْمُشْتَرِي بِالْبَيْعِ ، وَأَنْكَرَ الْبَائِعُ ^(٨٤) قَبْضَ الثَّمَنِ ^(٨٥) ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ قَدْ أَقْرَ لَهُ بِهِ ^(٨٦) ، وَلَئِنَّ الْبَائِعَ إِذَا أَنْكَرَ الْقَبْضَ ، لَمْ يَكُنْ مُدَّعِيًا لِهَذَا ^(٨٧) الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى الشَّفِيعِ ثَمَنًا ، إِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَقَدْ أَقْرَ بِالْقَبْضِ مِنْهُ ، وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ يَدَّعِيهِ ، وَقَدْ أَقْرَ لَهُ بِاسْتِحْقَاقِهِ ، فَوَجَبَ دَفْعُهُ إِلَيْهِ .

٨٧٢ — مسألة ؛ قال : (وَمَنْ لَمْ يُطَالِبْ بِالشُّفْعَةِ فِي وَقْتِ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ ، فَلَا شُّفْعَةَ لَهُ)

الصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ عَلَى الْفَوْرِ ، إِنْ طَالَبَ بِهَا سَاعَةً يَعْلَمُ بِالْبَيْعِ ، وَإِلَّا بَطَلَتْ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، فَقَالَ : الشُّفْعَةُ بِالْمُوَاتَّئَةِ سَاعَةً يَعْلَمُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ شُبْرُمَةَ ، وَابْنِ أَبِي شَيْبَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ

(٨٠) فِي الْأَصْلِ : « الدَّافِع » .

(٨١-٨٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرَ .

(٨٢) فِي ب : « تَقْبِلُ الثَّمَن » .

(٨٣-٨٤) فِي الْأَصْلِ ، م : « أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ شَيْئًا » .

(٨٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨٥) فِي ب ، م : « هَذَا » .

في «جديد قوله»^(١). وحكى عن أحمد، رواية ثانية، أن الشفعة على التراخي لا تسقط، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى، من عفو، أو مطالبة بقسمة، ونحو ذلك. وهذا قول مالك، وقول الشافعي، إلا أن مالكاً قال: تنقطع بمضي سنة. وعنه: بمضي مدة يعلم أنه تارك لها؛ لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه، فلم يسقط بالتأخير، كحق القصاصي. ويان^(٢) عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع. وإن أخذ فيه عمارة، من / غراس أو بناء، فله قيمته. وحكى عن ابن أبي ليلى، والثوري، أن الخيار مقدّر بثلاثة أيام. وهو قول للشافعي^(٣)؛ لأن الثلاث حدّ بها خيار الشرط، فصلحت^(٤) حدّ هذا الخيار. ولنا، ما روى ابن البيلماني، عن أبيه، عن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة كحلّ العقال». وفي لفظ أنه قال: «الشفعة كنسطة العقال، إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها»^(٥). وروى عن النبي ﷺ، أنه قال: «الشفعة لمن وأثبها». رواه الفقهاء في كتبهم^(٦)، ولأنه خيار لدفع الضرر عن المال^(٧)، فكان على الفور، كخيار الرد بالعيب، ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري. لكونه لا يستقر ملكه على المبيع، ويمنعه من التصرف لعماره^(٨) خشية أخذه منه، ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته؛ لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها، مع تعب قلبه وبذنه فيها. والتحديد بثلاثة أيام تحكّم لا دليل عليه،

ظ ٣٥/٥

(١-١) في م: «أحد قوله».

(٢) في ب: «ويأن».

(٣) في ب، م: «الشافعي».

(٤) في ب: «فصلحت».

(٥) أخرجه ابن ماجه، في: باب طلب الشفعة، من كتاب الشفعة. سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٥. والبيهقي، في: باب رواية ألفاظ منكرها يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة، من كتاب الشفعة. السنن الكبرى ٦ / ١٠٨.

(٦) ذكره الحافظ ابن حجر، في: كتاب الشفعة. تلخيص الحبير ٣ / ٥٦، ٥٧. وأخرجه عبد الرزاق من قول شرح، في: باب الشفع يأذن قبل البيع...، من كتاب البيوع. المصنف ٨ / ٨٣.

(٧) في ب: «المالك».

(٨) في م: «بعمارة».

والأصل المقيس عليه ممنوع ، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب . وإذا تقرر هذا ، فقال ابن حامد : يتقدر الخيار بالمجلس . وهو قول أبي حنيفة . فمتى طالب في مجلس العلم ، ثبتت الشفعة وإن طال ؛ لأن المجلس كله في حكم حالة العقد ، بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض ، كالقبض^(٩) حالة العقد . وظاهر كلام الخرقى أنه لا يتقدر بالمجلس ، بل متى باذر فطالب عقيب علمه ، ولأبطلت شفعته . وهذا ظاهر كلام أحمد ، وقول الشافعي ؛ لما ذكرنا من الخبر والمعنى . وما ذكروه يطل بخيار الرد بالعيب . فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر ، بطلت شفعته ، وإن أخرها لعذر ، مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح ، أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ، أو لطهارة أو إغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسننها ، أو ليشهدا في جماعة يخاف قوتها ، لم تبطل شفعته ؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة ، إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال ، فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله ، فإن شفعته تبطل بتركه المطالبة ؛ لأن هذا لا يشغله عنها ، ولا تشغله المطالبة عنه . فأما مع غيبته فلا ؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج ، فلم يلزمه تأخيرها ، كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه ، أو يحرك دابته ، فلم يفعل ، ومضى على حسب عادته ، لم تسقط شفعته ؛ لأنه طلب بحكم العادة . وإذا فرغ من حوائجه ، مضى على حسب عادته إلى المشتري ، فإذا لقينه^(١٠) بدأه بالسلام^(١١) ؛ لأن ذلك السنة ، وقد جاء في الحديث^(١٢) : « مَنْ بَدَأَ بِالْكَلَامِ قَبْلَ السَّلَامِ ، فَلَا تُجِيبُوهُ »^(١٣) . ثم يطالب . وإن قال

٣٦/٥ و

(٩) في ب زيادة : « في » .

(١٠-١٠) في م : « بدأ السلام » .

(١١) في الأصل ، م : « حديث » .

(١٢) أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في السلام قبل الكلام ، من أبواب الاستئذان . عارضة الأحوذى

١٧٤ / ١٠

بعد السَّلام : بَارَكَ اللهُ لَكَ فِي صَفَقَةِ يَمِينِكَ . أَوْ دَعَا لَهُ بِالْمَغْفِرَةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، لَمْ تَبْطُلْ شَفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَّصِلُ بِالسَّلامِ ، فَيَكُونُ مِنْ جُمْلَتِهِ ، وَالِدُّعَاءُ لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي الصَّفَقَةِ دُعَاءٌ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ الشَّفْعَ يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ رِضَى . وَإِنْ اشْتَغَلَ بِكَلَامٍ آخَرَ ، أَوْ سَكَتَ لَغَيْرِ حَاجَةٍ ، بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ ؛ لِمَا قَدَّمْنَا .

فصل : فَإِنْ أَخْبَرَهُ بِالْبَيْعِ مُحْبِرٌ ، فَصَدَّقَهُ ، وَلَمْ يُطَالِبْ بِالشَّفْعَةِ ، بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ ، سِوَاهُ كَانَ الْمُحْبِرُ مِمَّنْ يَقْبَلُ خَبْرَهُ أَوْ لَا يَقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ قَدْ يَخْصُلُ بِخَبَرٍ مَنْ لَا يَقْبَلُ خَبْرَهُ ، لِقَرَأَتَيْنِ دَالَّةٍ عَلَى صِدْقِهِ . وَإِنْ قَالَ : لَمْ أَصَدِّقْهُ . وَكَانَ الْمُحْبِرُ مِمَّنْ يُحْكَمُ بِشَهَادَتِهِ ، كَرَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ ، بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا حُجَّةٌ تُثَبِّتُ بِهَا الْحُقُوقُ . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يُعْمَلُ بِقَوْلِهِ ، كَالْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ ، لَمْ تَبْطُلْ شَفَعَتُهُ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ يُعْمَلُ بِهِ فِي الشَّرْعِ ، فِي الْإِذْنِ فِي دُخُولِ الدَّارِ وَشِبْهِهِ ، فَسَقَطَتْ بِهِ الشَّفْعَةُ ، كَخَبَرِ الْعَدْلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خَبَرٌ لَا يَقْبَلُ فِي الشَّرْعِ ، فَأُشْبِهَ قَوْلَ الطِّفْلِ وَالْمَجْنُونِ . وَإِنْ أَخْبَرَهُ رَجُلٌ عَدْلٌ ، أَوْ مَسْتَوْرُ الْحَالِ ، سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَسْقُطَ . وَيُرْوَى هَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَزُفَرٍ ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خَبَرٌ لَا تُعْتَبَرُ فِيهِ الشَّهَادَةُ ، فَقَبِلَ مِنَ الْعَدْلِ ، كَالرَّوَايَةِ وَالْفَتْوَا وَسَائِرِ الْأَخْبَارِ الدِّينِيَّةِ . وَفَارَقَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّهُ يُحْتَاطُ لَهَا بِاللَّفْظِ ، وَالْمَجْلِسِ ، وَحُضُورِ الْمَدْعَى عَلَيْهِ ، وَإِنْكَارِهِ ، وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ يُعَارِضُهَا إِنْكَارُ الْمُنْكَرِ ، وَتُوجِبُ الْحَقُّ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ هَذَا الْخَبَرِ . وَالْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ كَالرَّجُلِ ، وَالْعَبْدُ كَالْحُرِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : هُمَا كَالْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا لَا يَثْبُتُ بِهِ حَقٌّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا خَبَرٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ ، وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ ، كَالرَّوَايَةِ وَالْأَخْبَارِ الدِّينِيَّةِ . وَالْعَبْدُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فِيمَا عدا الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ ، وَهَذَا مِمَّا عَدَاهَا ، فَأُشْبِهَ الْحُرَّ .

فصل : إِذَا أَظْهَرَ الْمُشْتَرِي أَنَّ الثَّمَنَ أَكْثَرَ مِمَّا وَقَعَ الْعَقْدُ بِهِ ، فَتَرَكَ الشَّفِيعُ الشَّفْعَةَ ، لَمْ تَسْقُطِ الشَّفْعَةُ بِذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَمَالِكٌ ،

إِلَّا أَنَّهُ قَالَ بَعْدَ أَنْ^(١٣) يَحْلِفَ : مَا سَلَّمْتُ الشُّفْعَةَ إِلَّا لِمَكَانِ الثَّمَنِ الْكَثِيرِ . وَقَالَ ابْنُ / أَبِي
لَيْلَى : لَا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ وَرَضَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَرَكَهَا لِلْعُذْرِ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْضَاهُ بِالثَّمَنِ
الْكَثِيرِ ، وَيَرْضَاهُ بِالْقَلِيلِ ، وَقَدْ لَا يَكُونُ مَعَهُ الْكَثِيرُ ، فَلَمْ تَسْقُطْ بِذَلِكَ ، كَمَا لَوْ تَرَكَهَا
لِعَدَمِ الْعِلْمِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَظْهَرَ أَنَّ الْمَبِيعَ سَهَامَ قَلِيلَةٍ ، فَبَائَتْ كَثِيرَةٌ^(١٤) ، أَوْ أَظْهَرَ أَنَّهُمَا
تَبَايَعَا بِدَنَانِيرَ ، فَبَانَ أَنَّهُمَا دَرَاهِمُ ، أَوْ بِدَرَاهِمَ فَبَائَتْ^(١٥) دَنَانِيرَ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ،
وَزُفِرَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبَاهُ : إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُمَا سَوَاءً ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ؛
لَأَنَّهُمَا كَالْجِنْسِ الْوَاحِدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا جِنْسَانِ ، فَأُشْبِهَا الثِّيَابَ وَالْحَيَوَانَ ، وَلَأنَّهُ قَدْ
يَمْلِكُ بِالْتَّقْدِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الْبَيْعُ دُونَ مَا أَظْهَرَهُ^(١٦) ، فَيَتْرُكُهُ لِعَدَمِ مِلْكِهِ لَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ
أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِتَقْدٍ ، فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِعَرْضٍ^(١٧) ، أَوْ بِعَرْضٍ فَبَانَ أَنَّهُ بِتَقْدٍ ، أَوْ بِنَوْعٍ مِنْ
الْعَرْضِ فَبَانَ أَنَّهُ بِغَيْرِهِ ، أَوْ اشْتَرَاهُ مُشْتَرٍ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لغيرِهِ ، أَوْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لغيرِهِ
فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لَهُ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِإِنْسَانٍ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرْضَى^(١٨)
شَرِكَةً^(١٩) إِنْسَانٍ دُونَ غَيْرِهِ ، وَقَدْ يُحَابِي إِنْسَانًا أَوْ يَخَافُهُ ، فَيَتْرُكُ لَذَلِكَ . وَكَذَلِكَ إِنْ
أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَى الْكُلَّ بِثَمَنِ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَهُ بِنِصْفِهِ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَهُ بِثَمَنِ
فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَى جَمِيعَهُ بِضِعْفِهِ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَى الشَّقْصَ وَحْدَهُ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ هُوَ أَوْ
غَيْرُهُ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ هُوَ وَغَيْرُهُ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَحْدَهُ ، لَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ ؛
لَأنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِيمَا أُبْطِنَهُ دُونَ مَا أَظْهَرَهُ ، فَيَتْرُكُ لَذَلِكَ ، فَلَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ ، كَمَا
لَوْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِثَمَنِ فَبَانَ أَقَلُّ مِنْهُ . فَأَمَّا إِنْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِثَمَنِ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ
بِأَكْثَرِ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَى الْكُلَّ بِثَمَنِ فَبَانَ أَنَّهُ اشْتَرَى بِهِ^(٢٠) بَعْضَهُ ، سَقَطَتْ

(١٣) فِي ب : مَا .

(١٤) فِي الْأَصْل : غَيْرُهُ .

(١٥) فِي ب نِهَادَةٌ : أَنَّهَا .

(١٦) فِي الْأَصْل : أَظْهَرَ لَهُ . وَفِي ب : أَظْهَرَاهُ .

(١٧) فِي ب ، م : بَعْضُ .

(١٨) فِي ب : رَضَى .

(١٩) فِي الْأَصْل : بِشَرِكَةٍ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

شُفَعْتُهُ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِيمَا أَبْطَنَهُ أَكْثَرُ ، فَإِذَا لَمْ يَرْضَ بِهِ بِالثَّمَنِ الْقَلِيلِ مَعَ قَلَّةِ ضَرَرِهِ ، فَبِالْكَثِيرِ ^(٢١) أُولَى .

فصل : وَإِنْ لَقِيَهِ الشَّفِيعُ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ فَلَمْ يُطَالِبْهُ ، وَقَالَ : إِنَّمَا تَرَكْتُ الْمُطَالِبَةَ لِأُطَالِبَهُ فِي الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْبَيْعُ ، أَوْ الْمَبِيعُ ، أَوْ لَأُخَذَ الشَّقْصُ فِي مَوْضِعِ الشُّفْعَةِ . سَقَطَتْ شُفَعْتُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِعُذْرٍ فِي تَرْكِ الْمُطَالِبَةِ ، فَإِنَّهَا لَا تَقِفُ عَلَى تَسْلِيمِ الشَّقْصِ ، وَلَا عَلَى حُضُورِ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ فِيهِ . وَإِنْ قَالَ : نَسِيتُ ، فَلَمْ أَذْكَرِ الْمُطَالِبَةَ . أَوْ نَسِيتُ الْبَيْعَ . سَقَطَتْ شُفَعْتُهُ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢٢) خِيَارٌ عَلَى الْفَوْرِ ، فَإِذَا أَخَّرَهُ نِسْيَانًا بَطَلَ ، كَالرَّدِّ بِالْغَيْبِ ، وَكَأَلَوْ أُمَكَّنْتَ الْمُعْتَقَةَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا نِسْيَانًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَسْقُطَ الْمُطَالِبَةُ / ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَّهَا لِعُذْرٍ ، فَأَشْبَهَ مَالُو تَرَكَّهَا لِعَدَمِ عِلْمِهِ بِهَا . وَإِنْ تَرَكَّهَا جَهْلًا بِاسْتِحْقَاقِهَا لَهَا ، بَطَلَتْ ، كَالرَّدِّ بِالْغَيْبِ .

و ٣٧/٥

فصل : وَإِذَا قَالَ الشَّفِيعُ لِلْمُشْتَرِي : بِعْنِي مَا اشْتَرَيْتَ . أَوْ قَاسِمْنِي . بَطَلَتْ شُفَعْتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى رِضَاهُ بِشِرَائِهِ وَتَرْكِهِ لِلشُّفْعَةِ . وَإِنْ قَالَ : صَالِحْنِي عَلَى مَالٍ . سَقَطَتْ أَيْضًا . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِإِسْقَاطِهَا ، وَإِنَّمَا رَضِيَ بِالْمُعَاوَضَةِ عَنْهَا ، وَلَمْ تُثَبِّتِ الْمُعَاوَضَةُ ، فَبَقِيَتِ الشُّفْعَةُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَضِيَ بِتَرْكِهَا ، وَطَلَبَ عَوَضَهَا ، فَثَبَّتَ ^(٢٣) التَّرْكَ الْمَرْضِيَّ بِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتِ الْعَوَضُ . كَأَلَوْ قَالَ : بِعْنِي . فَلَمْ يَبْعَهُ . وَلَئِنْ تَرَكَ الْمُطَالِبَةَ بِهَا كَافٍ فِي سُقُوطِهَا ، فَمَعَ طَلَبَ عَوَضِهَا أُولَى . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهْدَيْنِ . فَإِنْ صَالَحَهُ عَنْهَا بِعَوَضٍ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ عَنْ إِزَالَةِ مِلْكٍ ، فَجَازَ كَأَخْذِ ^(٢٤) الْعَوَضِ ^(٢٥) عَنْ تَمْلِيكِ ^(٢٥) امْرَأَةٍ أَمْرَهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ لَا يَسْقُطُ إِلَى مَالٍ ، فَلَمْ يَجْزُ أَخْذُ

(٢١) فِي م : « فَالْكَثِيرُ » .

(٢٢) فِي م : « لِأَنَّهُ » .

(٢٣) فِي م : « فَبَقِيَ » .

(٢٤) فِي م : « أَخَذَ » .

(٢٥) (٢٥-٢٥) فِي م : « عَنْهُ كَمَلِيكَ » .

العَوَضِ عنه ، كخِيَارِ الشَّرْطِ . وَيُطْلَقُ مَا قَالَهُ بِخِيَارِ الشَّرْطِ . وَأَمَّا الْخُلْعُ فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ عَمَّا^(٢٦) مَلَكَهُ يَعْوِضُ ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ .

فصل : وإن قال : أَخَذَ نِصْفَ الشَّقْصِ . سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ . وبهذا قال محمد بن الحسن ، وبعضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو يوسف : لَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّ طَلَبَهُ يَبْغِضُهَا طَلَبٌ بِجَمِيعِهَا ، لَكُونِهَا لَا تَتَّبَعُ ، وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ بَعْضِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَارِكٌ لِطَلَبِ بَعْضِهَا ، فَيَسْقُطُ ، وَيَسْقُطُ بَاقِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَّبَعُ . وَلَا يَصِحُّ مَا ذَكَرَهُ ؛ فَإِنَّ طَلَبَ بَعْضِهَا لَيْسَ بِطَلَبٍ لِجَمِيعِهَا ، وَمَا لَا يَتَّبَعُ لَا يَثْبُتُ حَتَّى يَثْبُتَ السَّبَبُ فِي جَمِيعِهِ ، كَالنَّكَاحِ . وَيُخَالَفُ السَّقُوطُ ؛ فَإِنَّ الْجَمِيعَ يَسْقُطُ^(٢٧) بِوُجُودِ السَّبَبِ فِي بَعْضِهِ ، كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ .

فصل : وإن أَخَذَ الشَّقْصَ بَمَنْ مَعْصُوبٍ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِالْعَقْدِ اسْتَحَقَّ الشَّقْصَ بِمِثْلِ ثَمَنِهِ فِي الذَّمَّةِ ، فَإِذَا عَيَّنَّهُ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ^(٢٨) ، سَقَطَ التَّعْيِينُ ، وَبَقِيَ الْاسْتِحْقَاقُ فِي الذَّمَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أُخِرَ الثَّمَنُ ، أَوْ كَالَوْ اشْتَرَى شَيْئًا آخَرَ ، وَتَقَدَّرَ فِيهِ ثَمَنًا مَعْصُوبًا . وَالثَّانِي ، تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّ أَخْذَهُ لِلشَّقْصِ بِمَا لَا يَصِحُّ^(٢٩) أَخْذَهُ بِهِ^(٣٠) تَرَكَ لَهُ ، وَإِعْرَاضٌ عَنْهُ ، فَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ، كَالَوْ تَرَكَ الطَّلَبَ بِهَا .

فصل : وَمَنْ وَجَبَتْ لَهُ الشُّفْعَةُ ، فَبَاعَ نَصِيْبَهُ عَالِمًا بِذَلِكَ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ مِلْكٌ يَسْتَحِقُّ بِهِ ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَّتَ لَهُ^(٣١) لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ الْحَاصِلِ بِالشَّرِكَةِ عَنْهُ ،

(٢٦) فِي ب : ١ : عَنْ .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : ١ : سَقَطَ .

(٢٨) فِي ب : ١ : يَكُنْهُ .

(٢٩) فِي ب : ١ : يَصْلَحُ .

(٣٠-٣٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(٣١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وقد زَالَ ذلك بَيْنِهِ . وإن باعَ بعضَهُ ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، تَسْقُطُ أيضًا ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ بِجَمِيعِهِ ، فَإِذَا باعَ بعضَهُ سَقَطَ مَا تَعَلَّقَ بِذلك من اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ ، فَيَسْقُطُ بِاقِيهَا ، لِأَنَّهَا لَا تَتَبَعُضُ ، فَيَسْقُطُ ^(٣٢) جَمِيعُهَا بِسُقُوطِ بعضِهَا ، كَالنِّكَاحِ وَالرِّقِّ ، وَكَأَنَّ عَفَا عَنْ بعضِهَا . والثَّانِي ، لَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَقِيَ مِنْ ^(٣٣) نَصِيبِهِ مَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ فِي جَمِيعِ المَبِيعِ لو انْفَرَدَ ، فَكَذلك إِذَا بَقِيَ . وَلِلْمُشْتَرِي الأولِ الشُّفْعَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي فِي الْمَسْأَلَةِ الأولَى ، وَفِي الثَّانِيَةِ إِذَا قُلْنَا بِسُقُوطِ ^(٣٤) شُفْعَةِ البَائِعِ الأولِ ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ فِي المَبِيعِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَسْقُطُ شُفْعَةُ البَائِعِ . فَلَهُ أَخْذُ الشَّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الأولِ . وَهَلْ لِلْمُشْتَرِي الأولِ شُفْعَةٌ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، لَهُ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ ، فَإِنَّ المِلْكَ ثَابِتٌ لَهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بِجَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ ، وَيَسْتَحِقُّ نَمَاءَهُ وَفَوَائِدَهُ ، وَاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِهِ مِنْ فَوَائِدِهِ . والثَّانِي ، لَا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَه يُوجَدُ بِهَا ، فَلَا تُؤْخَذُ الشُّفْعَةُ بِهِ ، وَلَأنَّ مِلْكَه مُتَزَلِّزٌ ضَعِيفٌ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِهِ لِضَعْفِهِ . وَالأَوَّلُ أَقْبَسُ ؛ فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَ أَخْذِهِ مِنْهُ لَا يَمْنَعُ أَنْ يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ ، كَالصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَالشَّقْصِ المَوْهُوبِ لِلوَلَدِ . فَعَلَى هَذَا لِلْمُشْتَرِي الأولِ الشُّفْعَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي ، سِوَاءَ أَخْذِهِ مِنْهُ ^(٣٥) المَبِيعَ بِالشُّفْعَةِ أَوْ لَمْ ^(٣٦) يَأْخُذْ ، وَلِلْبَائِعِ ^(٣٦) الثَّانِي إِذَا باعَ بعضَ الشَّقْصِ الْأَخْذَ مِنَ الْمُشْتَرِي الأولِ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ باعَ الشَّقِيعَ مِلْكَه قَبْلَ عِلْمِهِ بِالبَيْعِ الأولِ ، فَقَالَ القَاضِي : تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ أَيْضًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ زَالَ السَّبَبُ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ ، وَهُوَ المِلْكَ الَّذِي يَخَافُ الضَّرَرَ بِسَبَبِهِ ، فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى مَعِيبًا ، فَلَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ حَتَّى زَالَ أَوْ حَتَّى باعَهُ . فَعَلَى هَذَا ، حُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ باعَ مَعَ عِلْمِهِ ، سِوَاءَ فِيمَا إِذَا باعَ جَمِيعَهُ أَوْ بعضَهُ . وَقَالَ أَبُو

(٣٢) فِي ب : : سَقَطَ .

(٣٣) فِي ب : : فِي .

(٣٤) فِي م : : تَسْقُطَ .

(٣٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٦-٣٦) فِي الْأَصْلِ : : يَأْخُذُهُ البَائِعُ . وَفِي ب : : يُؤْخَذُ وَلِلْبَائِعِ .

الْخَطَّابِ : لَا تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ ^(٣٧) لِأَنَّهَا تَبَيَّنَتْ ^(٣٧) لَهُ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ رِضَى بَتْرِكِهَا ، وَلَا مَا يَدُلُّ عَلَى إِسْقَاطِهَا ، وَالْأَصْلُ بَقَاؤُهَا فَتَبَقَى . وَفَارَقَ مَا إِذَا عَلِمَ ، فَإِنَّ بَيْنَهُ دَلِيلٌ عَلَى رِضَاهُ بِتْرِكِهَا ، فَعَلَى هَذَا ، لِلْبَائِعِ الثَّانِي أَخْذُ الشَّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، فَإِنْ عَفَا عَنْهُ ^(٣٨) ، فَلِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَخْذُ الشَّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْهُ ، فَهَلْ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ الْأَخْذُ مِنَ الثَّانِي ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٨٧٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَانَ غَائِبًا ، وَعَلِمَ بِالْبَيْعِ فِي وَقْتِ قُدُومِهِ ، فَلَهُ الشُّفْعَةُ ، ^(١) وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ)

/ وجملة ذلك أَنَّ الغائبَ لَهُ شُفْعَةٌ ^(١) . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ شَرِيحٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَعَطَاءٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَبْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنِ النَّحَعِيِّ : لَيْسَ لِلْغَائِبِ شُفْعَةٌ . وَبِهِ قَالَ الْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، إِلَّا لِلْغَائِبِ الْقَرِيبِ ؛ لِأَنَّ إِبْنَاتِ الشُّفْعَةِ لَهُ ^(٢) يَضُرُّ بِالْمُشْتَرِي ، وَيَمْنَعُ مِنْ اسْتِقْرَارِ مَلِكِهِ وَتَصَرُّفِهِ عَلَى حَسَبِ اخْتِيَارِهِ ، خَوْفًا مِنْ أَخْذِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ كَثْبُوتَهُ لِلْحَاضِرِ عَلَى التَّرَاجِي . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّم » ^(٣) . وَسَائِرُ الْأَحَادِيثِ ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ حَقٌّ مَالِيٌّ وَجَدَّ سَبَبُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْغَائِبِ ، فَيَثْبُتُ لَهُ ، كَالِإِثْرِ ، وَلِأَنَّهُ شَرِيكَ لَمْ يَعْلَمْ بِالْبَيْعِ ، فَثَبَّتُ لَهُ الشُّفْعَةُ عِنْدَ عِلْمِهِ ، كَالْحَاضِرِ إِذَا كُتِمَ عَنْهُ الْبَيْعُ ، وَالْغَائِبِ غَيْبَةً قَرِيبَةً ، وَضَرَّرَ الْمُشْتَرِي يَنْدَفِعُ بِإِجَابِ الْقِيَمَةِ لَهُ ، كَمَا فِي الصُّورِ ^(٤) الْمَذْكُورَةِ . إِذَا

(٣٧-٣٧) فِي ب : « لِأَنَّهُ تَبَيَّنَتْ » .

(٣٨) فِي الْأَصْل : « عَنْهَا » .

(١-١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٤٣٥ .

(٤) فِي م : « الصُّورَةُ » .

ثَبَّتَ هذا ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْبَيْعِ إِلَّا وَقْتُ قُدُومِهِ ، فَلَهُ الْمُطَالَبَةُ وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْخِيَارَ يَثْبُتُ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنِ الْمَالِ ، فَتَرَاحَى الزَّمَانِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِهِ لَا يُسْقِطُهُ ^(٥) ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَمَتَى عِلِمَ فَحُكْمُهُ فِي الْمُطَالَبَةِ حُكْمُ الْحَاضِرِ ، فِي أَنَّهُ إِنْ طَالَ عَلَى الْفَوْرِ اسْتَحَقَّ ، وَإِلَّا بَطَلَتْ شَفْعَتُهُ ، وَحُكْمُ الْمَرِيضِ وَالْمَحْبُوسِ وَسَائِرٍ مَنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْبَيْعِ لِعُذْرِ ، حُكْمُ الْغَائِبِ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا .

٨٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ عِلِمَ وَهُوَ فِي السَّفَرِ ، فَلَمْ يُشْهَدْ عَلَى مُطَالَبَتِهِ ، فَلَا شَفْعَةَ لَهُ)

ظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ مَتَى عِلِمَ الْغَائِبُ بِالْبَيْعِ ، وَقَدَّرَ عَلَى الْإِشْهَادِ عَلَى ^(١) الْمُطَالَبَةِ فَلَمْ يَفْعَلْ ، أَنَّ شَفْعَتَهُ تَسْقُطُ ، سَوَاءً قَدَّرَ عَلَى التَّوَكُّلِ أَوْ عَجَزَ عَنْهُ ، أَوْ سَارَ عَقِيبَ الْعِلْمِ أَوْ أَقَامَ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، فِي الْغَائِبِ : لَهُ الشَّفْعَةُ إِذَا بَلَغَهُ أَشْهَدُ ، وَإِلَّا فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ . وَهُوَ وَجْهٌ لِلشَّافِعِيِّ ، وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْإِشْهَادِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَّتَ عُذْرَهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَرَكَ الشَّفْعَةَ لِذَلِكَ . فَقُبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدْ يَتْرَكُ الطَّلَبَ لِلْعُذْرِ ، وَقَدْ يَتْرَكُهُ ^(٢) لغيره ، وَقَدْ يَسِيرُ لَطَلَبِ الشَّفْعَةِ ، وَقَدْ يَسِيرُ لغيره ، وَقَدْ قَدَّرَ أَنْ يُبَيِّنَ ذَلِكَ بِالْإِشْهَادِ ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ سَقَطَتْ شَفْعَتُهُ ، كَسَارِكِ الطَّلَبِ مَعَ حُضُورِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ سَارَ عَقِيبَ عِلْمِهِ إِلَى الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا تَبْطُلَ شَفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ سَيْرِهِ أَنَّهُ لِلطَّلَبِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَالْعَنْبَرِيِّ ، وَقَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَهُ مِنَ الْأَجْلِ بَعْدَ الْعِلْمِ قَدْرُ السَّيْرِ / ، فَإِنْ مَضَى الْأَجْلُ قَبْلَ أَنْ يَبْعَثَ أَوْ يَطْلُبَ ، بَطَلَتْ شَفْعَتُهُ . وَقَالَ الْعَنْبَرِيُّ : لَهُ

ظ ٣٨/٥

(٥) فِي الْأَصْلِ : « يَسْقُطُ » .

(١) فِي م : « وَعَلَى » .

(٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « إِذَا » .

(٣) فِي م : « يَتْرَكُ » .

مَسَافَةُ الطَّرِيقِ ذَاهِبًا وَجَائِيًا ؛ لِأَنَّ عُذْرَهُ فِي تَرْكِ الطَّلَبِ ^(٤) ظَاهِرٌ ، فَلَمْ يَخْتَجْ مَعَهُ إِلَى الشَّهَادَةِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَنِ الْإِشْهَادِ فِي سَفَرِهِ ، أَنَّ شُفْعَتَهُ لَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْدُورٌ فِي تَرْكِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ تَرَكَ ^(٥) الطَّلَبَ لِعُذْرِ ^(٦) أَوْ لِعَدَمِ الْعِلْمِ ، وَمَتَى قَدَّرَ عَلَى الْإِشْهَادِ فَأُخْرَهُ ، كَانَ كَتَأْخِيرِ الطَّلَبِ لِلشُّفْعَةِ ، إِنْ كَانَ لِعُذْرِ لَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ ، وَإِنْ كَانَ لَغَيْرِ عُذْرِ سَقَطَتْ ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ قَائِمٌ مَقَامَ الطَّلَبِ ، وَنَائِبٌ عَنْهُ ، فَيُعْتَبَرُ لَهُ مَا يُعْتَبَرُ لِلطَّلَبِ . وَمَنْ لَمْ يَقْدِرْ إِلَّا عَلَى إِشْهَادٍ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ وَالْفَاسِقِ ، فَتَرَكَ الْإِشْهَادَ ، لَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ بِتَرْكِهِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمْ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ ، فَلَمْ يَلْزَمْ إِشْهَادُهُمْ كَالْأَطْفَالِ وَالْمَجَانِينِ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يُشْهَدُهُ إِلَّا مَنْ لَا يَقْدَمُ مَعَهُ إِلَى مَوْضِعِ الْمُطَالَبَةِ ، فَلَمْ يُشْهَدْ ، فَالْأَوَّلَى أَنَّ شُفْعَتَهُ لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ إِشْهَادَهُ لَا يُفِيدُ ، فَأُشْبِهَ إِشْهَادَ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ . فَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا مَسْتُورِي الْحَالِ ، فَلَمْ يُشْهَدْهُمَا ، اخْتَمَلَ أَنْ تَبْطُلَ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا يُمَكِّنُ إِثْبَاتَهَا بِالتَّزْكِيَةِ ، فَأُشْبِهَا الْعَدْلَيْنِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتِاجُ فِي إِثْبَاتِ شَهَادَتِهِمَا إِلَى كُلْفَةٍ كَثِيرَةٍ ، وَقَدْ لَا يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا ، وَإِنْ أُشْهَدَهُمَا لَمْ تَبْطُلَ شُفْعَتُهُ ، سَوَاءٌ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا أَوْ لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُمْكِنْهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، فَأُشْبِهَ الْعَاجِزَ عَنِ الْإِشْهَادِ . وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَقْدِرْ إِلَّا عَلَى إِشْهَادٍ وَاحِدٍ ، فَأُشْهَدَهُ ، أَوْ تَرَكَ إِشْهَادَهُ .

فصل : إِذَا أُشْهَدَ عَلَى الْمُطَالَبَةِ ، ثُمَّ أَخَّرَ الْقُدُومَ مَعَ امْكِانِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّ الشُّفْعَةَ بِحَالِهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْمَسِيرِ ^(٦) ، وَقَدَّرَ عَلَى التَّوَكُّيلِ فِي طَلَبِهَا ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، بَطَلَتْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلطَّلَبِ بِهَا مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ ، فَسَقَطَتْ ، كَالْحَاضِرِ ، أَوْ كَالْوَلِيِّ لَمْ يُشْهَدْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ لَهُمْ فِيمَا إِذَا قَدَّرَ عَلَى التَّوَكُّيلِ فَلَمْ يَفْعَلْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ غَرَضًا بِأَنْ

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) في م : « لعذره » .

(٦) في الأصل : « السير » .

يُطَالِبَ لِنَفْسِهِ ، لِكُونِهِ أَقْوَمَ بِذَلِكَ أَوْ يَخَافُ ^(٧) الضَّرَرَ مِنْ جِهَةٍ وَكِيلِهِ ، بَأَن يُقَرَّ عَلَيْهِ بِرِشْوَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَيَلْزِمُهُ إِقْرَارُهُ ، فَكَانَ مَعْذُورًا . وَلَنَا ، أَنَّ عَلَيْهِ فِي السَّفَرِ ضَرَرًا ، لِإِلْتِزَامِهِ كُفْلَتَهُ ، وَقَدْ يَكُونُ لَهُ حَوَائِجُ وَتِجَارَةٌ يَنْقَطِعُ عَنْهَا ، وَتَضْيَعُ بَغْيَتُهُ ، وَالتَّوَكُّيلُ إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ لَزِمَهُ غَرْمٌ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ جُعْلٍ لَزِمَتْهُ مِثَّةٌ . وَيَخَافُ الضَّرَرَ مِنْ جِهَتِهِ ، فَانْتَفَى بِالْإِشْهَادِ . فَأَمَّا إِنْ تَرَكَ السَّفَرَ ، لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، أَوْ لِضَرَرٍ يَلْحَقُهُ فِيهِ ، لَمْ تَبْطُلْ شَفَعَتُهُ ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ / مَعْذُورٌ ، فَأُشْبِهَ مَنْ لَمْ يَعْلَمْ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْإِشْهَادِ ، وَاتَّكَنَهُ السَّفَرُ أَوْ التَّوَكُّيلُ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلطَّلَبِ بِهَا مَعَ إِمْكَانِهِ ، مِنْ غَيْرِ وُجُودِ مَا يَقُومُ مَقَامَ الطَّلَبِ ، فَسَقَطَتْ ، كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا .

٣٩/٥ و

فصل : وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا مَرَضًا لَا يَمْنَعُ الْمُطَالَبَةَ ، كَالصَّدَاقِ الْيَسِيرِ ، وَالْأَلَمِ الْقَلِيلِ ، فَهُوَ كَالصَّحِيحِ . وَإِنْ كَانَ مَرَضًا يَمْنَعُ الْمُطَالَبَةَ ، كَالْحُمَّى وَأَشْبَاهِهَا ، فَهُوَ كَالْغَائِبِ فِي الْإِشْهَادِ وَالتَّوَكُّيلِ . وَأَمَّا الْمَحْبُوسُ ، فَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا ظَنَمًا ، أَوْ بِدِينٍ لَا يُمْكِنُهُ أَدَاؤُهُ ، فَهُوَ كَالْمَرِيضِ ، وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِحَقِّ يَلْزِمُهُ أَدَاؤُهُ ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ ، فَهُوَ كَالْمُطْلَقِ ، إِنْ ^(٨) لَمْ يُيَادَرْ إِلَى الْمُطَالَبَةِ ، وَلَمْ يُوَكَّلْ فِيهَا ، بَطَلَتْ شَفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَهَا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهَا .

٨٧٥ - مسألة : قَالَ : (فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى تَبَايَعَ ذَلِكَ ثَلَاثَةً أَوْ أَكْثَرَ ، كَانَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ بِالشُّفْعَةِ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ ، فَإِنْ طَالَبَ الْأَوَّلَ ، رَجَعَ الثَّانِي بِاللَّيْمَنِ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ ، وَالثَّلَاثُ عَلَى الثَّانِي)

وَجَمَلُهُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا تَصَرَّفَ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ اخْتِذِ الشَّفِيعِ ، أَوْ قَبْلَ عِلْمِهِ ، فَتَصَرَّفَهُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ ، وَصَحَّ قَبْضُهُ لَهُ ، وَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنَّ الشَّفِيعَ مَلَكَ أَنْ يَتِمَّلَكَهُ عَلَيْهِ ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ مِنْ تَصَرُّفِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ أَحَدُ الْعَوْضَيْنِ فِي الْبَيْعِ مَعِييًا ، لَمْ يَمْنَعْ

(٧) فِي م : (يَخَالِفُ) .

(٨) فِي ب : (وَإِنْ) .

التَّصَرُّفُ^(١) فِي الْآخِرِ ، وَالْمَوْهُوبُ لَهُ يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ^(٢) فِي الْهَبَةِ ، وَإِنْ كَانَ الْوَاهِبُ مِمَّنْ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهِ ، فَمَتَى تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا صَحِيحًا^(٣) تَجِبُ بِهِ الشُّفْعَةُ ، مِثْلَ أَنْ بَاعَهُ ، فَالشُّفْعُ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ الثَّانِي وَأَخَذَهُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ بِثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ وَجَبَتْ لَهُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ شَاءَ أَمْضَى تَصَرُّفَهُ وَأَخَذَ بِالشُّفْعَةِ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ شَفِيعٌ فِي الْعَقْدَيْنِ ، فَكَانَ لَهُ الْأَخْذُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا . وَإِنْ تَبَايَعَ ذَلِكَ ثَلَاثَةً ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمَبِيعَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ ، وَيَنْفَسِخَ الْعَقْدَانِ الْآخِرَانِ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالثَّانِي ، وَيَنْفَسِخَ الثَّلَاثُ وَحْدَهُ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالثَّلَاثِ ، وَلَا يَنْفَسِخُ شَيْءٌ مِنَ الْعُقُودِ ، فَإِذَا أَخَذَهُ مِنَ الثَّلَاثِ ، دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ الثَّمَنُ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ،^(٤) وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الثَّانِي الثَّمَنَ دَفَعَ إِلَيْهِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ^(٥) ، وَرَجَعَ الثَّلَاثُ عَلَيْهِ بِمَا أَعْطَاهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ انْفَسَخَ عَقْدُهُ ، وَأُخِذَ الشَّقْصُ مِنْهُ ، فَيَرْجِعُ^(٦) بِثَمَنِهِ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ مِنْهُ ، وَإِنْ أَخَذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ ، دَفَعَ إِلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ الثَّمَنَ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ، وَانْفَسَخَ عَقْدُ الْآخَرَيْنِ ، وَرَجَعَ^(٧) الثَّلَاثُ عَلَى الثَّانِي بِمَا أَعْطَاهُ ، وَرَجَعَ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِمَا أَعْطَاهُ ، فَإِذَا كَانَ الْأَوَّلُ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةِ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ الثَّانِي بِعِشْرِينَ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ الثَّلَاثُ بِثَلَاثِينَ ، فَأَخَذَهُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ ، دَفَعَ إِلَى الْأَوَّلِ عَشْرَةَ ، وَأَخَذَ الثَّانِي مِنَ الْأَوَّلِ عِشْرِينَ ، وَأَخَذَ الثَّلَاثُ مِنَ الثَّانِي ثَلَاثِينَ ؛ لِأَنَّ الشَّقْصَ إِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنَ الثَّلَاثِ ، لِكَوْنِهِ فِي يَدِهِ وَقَدْ انْفَسَخَ عَقْدُهُ ، فَيَرْجِعُ بِثَمَنِهِ الَّذِي وَرِثَهُ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَمَا كَانَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ مِمَّا تَجِبُ بِهِ الشُّفْعَةُ ، فَهُوَ كَالْبَيْعِ ، فِيمَا ذَكَرْنَا ، وَمَا^(٨) كَانَ مِمَّا لَا تَجِبُ بِهِ الشُّفْعَةُ ،

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٣-٣) سقط من : الأصل . وفي ب : « وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الثَّانِي دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ » .

(٤) في الأصل ، ب : « فَرَجَعَ » .

(٥) في الأصل : « وَرَجَعَ » .

(٦) في م : « وَإِنْ » .

فهو كالهبة والوقف ، على ما سَنَدُّكُره ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإن تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِي الشَّقْصِ بِمَا لَا تَجِبُ بِهِ الشُّفْعَةُ ، كَالْوَقْفِ وَالْهَبَةِ وَالرَّهْنِ ، وَجَعَلَهُ مَسْجِدًا ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لِلشَّقْصِ فَنَسَخَ ذَلِكَ التَّصَرُّفَ ، وَيَأْخُذُهُ بِالثَمَنِ الذِي وَقَعَ الْبَيْعُ بِهِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ^(٧) الشَّقْصَ مَلَكٌ فَنَسَخَ الْبَيْعَ^(٨) الثَّانِي وَالثَّالِثَ ، مَعَ إِمْكَانِ الْأَخْذِ بِهِمَا ، فَلَأَنَّ^(٩) يَمْلِكُ فَنَسَخَ عَقْدَ لَا يُمْكِنُهُ الْأَخْذُ بِهِ أَوَّلَى ، وَلَأَنَّ حَقَّ الشَّقْصِ أَسْبَقُ ، وَجَنَبَتْهُ أَقْوَى ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمُشْتَرِي أَنْ يَتَصَرَّفَ تَصَرُّفًا يُبْطِلُ حَقَّهُ . وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَبْطُلَ الْوَقْفُ لِأَجْلِ حَقِّ الْغَيْرِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ الْمَرِيضُ أَمْلَاكَه وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَإِنَّهُ إِذَا مَاتَ ، رُدَّ الْوَقْفُ إِلَى الْغُرَمَاءِ وَالْوَرَثَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى ثَلَاثِهِ ، بَلْ لَهُمْ إِبْطَالُ الْعِتْقِ ، فَالْوَقْفُ أَوْلَى . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ ، وَبَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، إِسْقَاطُ الشُّفْعَةِ فِيمَا إِذَا تَصَرَّفَ بِالْوَقْفِ وَالْهَبَةِ . وَحَكِيَ ذَلِكَ عَنِ الْمَاسَرِّجِيِّ^(١٠) فِي الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تُثْبِتُ فِي الْمَمْلُوكِ ، وَقَدْ خَرَجَ هَذَا عَنْ كَوْنِهِ مَمْلُوكًا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : مَنْ اشْتَرَى دَارًا ، فَجَعَلَهَا مَسْجِدًا ، فَقَدْ اسْتَهْلَكَهَا ، وَلَا شُّفْعَةَ فِيهَا . وَلَأَنَّ فِي الشُّفْعَةِ هُنَا إِضْرَارًا بِالْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَالْمَوْفُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَه يَزُولُ عَنْهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ إِذَا فَنَسَخَ الْبَيْعَ الثَّانِي ، رَجَعَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي بِالثَمَنِ الذِي أَخَذَ مِنْهُ ، فَلَا يُلْحَقُهُ ضَرَرٌ ، وَلَأَنَّ ثُبُوتَ الشُّفْعَةِ هُنَا يُوجِبُ رَدَّ الْعَوَضِ إِلَى غَيْرِ الْمَالِكِ ، وَسَلْبَهُ عَنِ الْمَالِكِ ، فَإِذَا قُلْنَا بِسُقُوطِ الشُّفْعَةِ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ قُلْنَا بِثُبُوتِهَا ، فَإِنَّ الشَّقْصَ يَأْخُذُ الشَّقْصَ مِمَّنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، وَيَفْسَخُ عَقْدَهُ ، وَيُدْفَعُ الثَّمَنُ إِلَى الْمُشْتَرِي . وَحَكِيَ عَنِ مَالِكٍ أَنَّهُ يَكُونُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ مِلْكَه . وَلَنَا ، أَنَّ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « إِلَّا أَنْ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « الْمَبِيعِ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ ، م : « فَبِأَنْ » .

(١٠) أَبُو عَلِيٍّ الْحَسَنُ بْنُ عَيْسَى بْنِ مَاسَرِّجِ الْمَاسَرِّجِيِّ النِّسَابُورِيِّ ، أَسْلَمَ عَلَى يَدِ ابْنِ الْمُبَارَكِ ، وَكَانَ وَرَعَادِيثًا ثَقَّةً ، وَمِمَّا مَرَّبَعْدَادَ وَحَدَّثَ بِهَا ، عَدُوا فِي مَجْلِسِهِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ أَلْفَ مَحَبَّةٍ ، تَوَفَّى سَنَةَ أَرْبَعِينَ وَمِائَتَيْنِ . الْأَنْسَابُ ٥٠١ هـ ، الْعَبَرِ ٤٣٢ / ١ .

الشَّفِيعُ يَبْطُلُ الْهَيْبَةُ ، وَيَأْخُذُ الشَّقْصَ بِحُكْمِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ وَهَبَ ، كَانَ الثَّمَنُ لَهُ ، كَذَلِكَ بَعْدَ الْهَيْبَةِ الْمَفْسُوخَةِ .

فصل : فَإِنْ جَعَلَهُ صَدَقًا ، أَوْ عَوَضًا فِي خُلْعٍ / أَوْ صُلْحٍ عَنْ دَمٍ ^(١١) عَمْدٍ ، اثْبَتْنِي ذَلِكَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ .

فصل ^(١٢) : فَإِنْ قَايَلَ الْبَائِعُ الْمُشْتَرِي ، أَوْ رَدَّهُ ^(١٣) عَلَيْهِ بَعِيْبٍ ، فَلِلشَّفِيعِ فَسْخُ الْإِقَالَةِ وَالرُّدِّ ، وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ سَابِقٌ عَلَيْهِمَا ، وَلَا يُمْكِنُهُ الْأَخْذُ مَعَهُمَا . وَإِنْ تَحَالَفَا عَلَى الثَّمَنِ ، وَفَسَخَا الْبَيْعُ ، فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ الشَّقْصَ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مُقَرَّرٌ بِالْبَيْعِ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ ، وَمُقَرَّرٌ لِلشَّفِيعِ بِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِذَلِكَ ، فَإِذَا بَطَلَ حَقُّ الْمُشْتَرِي بِإِنْكَارِهِ ، لَمْ يَبْطُلْ حَقُّ الشَّفِيعِ بِذَلِكَ ، وَلَهُ أَنْ يَبْطُلَ فَسْخُهُمَا وَيَأْخُذَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى شَقْصًا بَعِيدًا ، ثُمَّ وَجَدَ بَائِعَ الشَّقْصِ بِالْعَبْدِ عَيْنًا ، فَلَهُ رَدُّ الْعَبْدِ وَاسْتِرْجَاعُ الشَّقْصِ ، وَيُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ فِي تَقْدِيمِ حَقِّ الشَّفِيعِ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ ، بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ فِي ^(١٤) الْفَسْخِ الَّذِي اسْتَحَقَّهُ ، وَالشُّفْعَةُ ^(١٥) تُثْبِتُ لِإِزَالَةِ الضَّرْرِ ، فَلَا تُثْبِتُ عَلَى وَجْهِ يَحْصُلُ بِهَا الضَّرْرُ ، فَإِنْ الضَّرْرُ لَا يُزَالُ بِالضَّرْرِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : يُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهُ ، كَمَا لَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشَّقْصِ عَيْنًا فَرَدَّهُ . وَلَنَا ، أَنَّ فِي الشُّفْعَةِ إِبْطَالَ حَقِّ الْبَائِعِ ، وَحَقَّهُ أَسْبَقُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَدَّ إِلَى وُجُودِ الْعَبْدِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ حَالَ الْبَيْعِ ، وَالشُّفْعَةُ تُبَيِّنُ بِالْبَيْعِ ، فَكَانَ حَقُّ الْبَائِعِ سَابِقًا ، وَفِي الشُّفْعَةِ إِبْطَالُهُ ، فَلَمْ تُثْبِتْ ، وَيُفَارِقُ ^(١٦) مَا

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في الأصل ، ب : « د » .

(١٤) في الأصل ، م : « من » .

(١٥) في م زيادة : « لا » .

(١٦) في ب : « وفارق » .

إذا كان الشَّقْصُ مَعِيًّا ، فَإِنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي إِنَّمَا هُوَ فِي اسْتِرْجَاعِ الثَّمَنِ ، وَقَدْ حَصَلَ لَهُ مِنْ الشَّفِيعِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الرَّدِّ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا حَقُّ الْبَائِعِ فِي اسْتِرْجَاعِ الشَّقْصِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ مَعَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ ، فَافْتَرَقَا . فَإِنْ لَمْ يَرُدَّ الْبَائِعُ ^(١٧) الْعَبْدَ الْمَعِيَّ ^(١٨) حَتَّى أَخَذَ الشَّفِيعُ ، كَانَ لَهُ رَدُّ الْعَبْدِ ، وَلَمْ يَمْلِكْ اسْتِرْجَاعَ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ مَلَكُهُ بِالْأَخْذِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْبَائِعُ إِبْطَالَ مِلْكِهِ ، كَالْوَبَاعَةِ الْمُشْتَرَى لِأَجْنَبِيٍّ ، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ يَبِيعُ فِي الْحَقِيقَةِ ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ الشَّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّالِيفِ ، وَالْمُشْتَرَى قَدْ أَخَذَ مِنَ الشَّفِيعِ قِيَمَةَ الْعَبْدِ ، فَهَلْ يَتَرَجَعَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَتَرَجَعَانِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ أَخَذَ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَهُوَ قِيَمَةُ الْعَبْدِ صَحِيحًا لَا عَيْبَ فِيهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا عَلِمَ بِالْعَيْبِ مَلَكَ رَدَّهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِقِيَمَتِهِ مَعِيًّا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُعْطِيَ عَبْدًا مَعِيًّا ، فَلَا يَأْخُذُ قِيَمَةَ غَيْرِ مَا أُعْطِيَ . وَالثَّانِي ، يَتَرَجَعَانِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِنَّمَا يَأْخُذُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَالَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ / قِيَمَةُ الشَّقْصِ ، فَإِذَا قُلْنَا : يَتَرَجَعَانِ . فَأَيُّهُمَا كَانَ مَا دَفَعَهُ أَكْثَرُ ، رَجَعَ بِالْفَضْلِ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَرُدَّ الْبَائِعُ الْعَبْدَ ، وَلَكِنْ أَخَذَ أَرْضَهُ ، لَمْ يَرْجِعِ الْمُشْتَرَى عَلَى الشَّفِيعِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا دَفَعَ إِلَيْهِ قِيَمَةَ الْعَبْدِ غَيْرِ مَعِيٍّ . وَإِنْ أَدَّى قِيَمَتَهُ مَعِيًّا رَجَعَ الْمُشْتَرَى عَلَيْهِ ، بِمَا أَدَّى مِنْ أَرْضِهِ . وَإِنْ عَفَا عَنْهُ ، وَلَمْ يَأْخُذْ أَرْضًا ، لَمْ يَرْجِعِ الشَّفِيعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا زِمَ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرَى ، لَا يَمْلِكُ فُسْخَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَطَّ عَنْهُ بَعْضُ الثَّمَنِ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ . وَإِنْ عَادَ الشَّقْصُ إِلَى الْمُشْتَرَى ، بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ زَيْتٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ ^(١٨) أَخْذُهُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرَى زَالَ عَنْهُ ، وَانْقَطَعَ حَقُّهُ مِنْهُ ، وَانْتَقَلَ حَقُّهُ إِلَى الْقِيَمَةِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقٌّ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ غَصَبَ شَيْئًا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى رَدِّهِ ، فَأَدَّى قِيَمَتَهُ ^(١٩) ، ثُمَّ

٤٠/٥ ط

(١٧-١٨) فِي الْأَصْلِ : « الْعَيْبِ » .

(١٨) فِي م : « لِلْبَائِعِ » .

(١٩) فِي ب : « الْقِيَمَةِ » .

قَدَرَ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَغْضُوبِ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ .

فصل : ولو كان ثَمَنُ الشُّفْعِ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، فَلَيْفَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، بَطَلَ الْبَيْعُ ، وَبَطَلَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ ، فَتَعَذَّرَ إِمْضَاءُ الْعَقْدِ ، فَلَمْ تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، كَالْوَقْفِ ، فَسَخَّ الْبَيْعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، بِخِلَافِ الْإِقَالَةِ وَالرُّدِّ بِالْعَيْبِ . وَإِنْ كَانَ الشُّفْعُ قَدْ أَخَذَ الشُّفْعَ ، فَهُوَ كَالْوَقْفِ أَخَذَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ؛ لِأَنَّ لِمُشْتَرِي الشُّفْعِ التَّصَرُّفَ فِيهِ قَبْلَ تَقْيِيزِ ثَمَنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ مِنْهُ أَجْنَبِيٌّ .

فصل : وإن اشْتَرَى شَيْفَصًا عَبْدًا أَوْ ثَمَنَ مُعَيَّنٍ ، فَخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَلَا شُفْعَةٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَثْبُتُ فِي عَقْدٍ يَنْقَلُ الْمِلْكُ إِلَى الْمُشْتَرَى ، وَهُوَ الْعَقْدُ الصَّحِيحُ ، فَأَمَّا الْبَاطِلُ فَوُجُودُهُ كَعَدَمِهِ . فَإِنْ كَانَ الشُّفْعُ قَدْ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ ، لَرَمَهُ رَدُّ مَا أَخَذَ عَلَى الْبَائِعِ ، وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ إِلَّا بَيِّنَةً أَوْ إِقْرَارٍ مِنَ الشُّفْعِ وَالْمُتَبَايَعِينَ . فَإِنْ أَقَرَّ الْمُتَبَايَعَانِ ، وَأَنْكَرَ الشُّفْعُ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُمَا عَلَيْهِ ، وَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَيُرَدُّ الْعَبْدُ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَيَرْجَعُ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرَى بِقِيَمَةِ الشُّفْعِ . وَإِنْ أَقَرَّ الشُّفْعُ وَالْمُشْتَرَى دُونَ الْبَائِعِ ، لَمْ تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، وَوَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرَى رَدُّ قِيَمَةِ الْعَبْدِ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَيَقَى الشُّفْعُ مَعَهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ لِلْبَائِعِ ، وَالْبَائِعُ يَنْكُرُهُ ، وَيَدَّعِي عَلَيْهِ وَجُوبَ رَدِّ الْعَبْدِ ، وَالْبَائِعُ يَنْكُرُهُ ، فَيَشْتَرِي الشُّفْعَ مِنْهُ ، وَيَتَبَارَعَانِ . وَإِنْ أَقَرَّ الشُّفْعُ وَالْبَائِعُ وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرَى ، وَجَبَ عَلَى الْبَائِعِ رَدُّ الْعَبْدِ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَلَمْ تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْبَائِعُ مَطَالَبَةَ الْمُشْتَرَى بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحٌ فِي الظَّاهِرِ ، وَقَدْ أَدَّى ثَمَنَهُ الَّذِي هُوَ مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ . / وَإِنْ أَقَرَّ الشُّفْعُ وَحْدَهُ ، لَمْ تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْبُطْلَانِ فِي حَقِّ الْمُتَبَايَعِينَ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى الشُّفْعَ بِثَمَنٍ فِي الدِّمَةِ ، ثُمَّ نَقَدَ الثَّمَنَ ، فَإِنْ مُسْتَحَقًّا ، كَانَتِ الشُّفْعَةُ وَاجِبَةً ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحٌ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرَى لِإِعْسَارِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلِلْبَائِعِ فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَيُقَدَّمُ حَقُّ الشُّفْعِ ؛ لِأَنَّ بِالْأَخْذِ^(٢٠) بِهَا يَحْصُلُ لِلْمُشْتَرَى مَا يُؤَدِّيهِ^(٢١) ثَمَنًا ، فَتَزُولُ

٥/٤١ و

(٢٠) فِي ب ، م : : الْأَخْذُ .

(٢١) فِي م : : يُوَدِّيهِ .

عُسْرَتُهُ ، وَيَحْصُلُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَقَّيْنِ ، فَكَانَ أَوَّلَى .

فصل : وَإِذَا وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ ، وَقَضَى الْقَاضِيُ بِهَا ، وَالشَّقْصُ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَدَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْمُشْتَرَى ، فَقَالَ الْبَائِعُ لِلشَّفِيعِ : أَقْلَنِي . فَأَقَالَه ، لَمْ تَصِحَّ الْإِقَالَةُ ؛ لِأَنَّهَا تَصِحُّ بَيْنَ الْمُتَبَاعِيَيْنِ ، وَلَيْسَ بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْبَائِعِ بَيْعٌ ، وَإِنَّمَا هُوَ مُشْتَرٍ مِنَ الْمُشْتَرَى . فَإِنْ بَاعَهُ إِيَّاهُ ، صَحَّ الْبَيْعُ ^(٢٢) ؛ لِأَنَّ الْعَقَارَ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ .

٨٧٦ - مسألة : قَالَ : (وَلِلصَّغِيرِ إِذَا كَبِرَ الْمُطَالَبَةُ بِالشُّفْعَةِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا بَاعَ فِي شَرَكَةِ الصَّغِيرِ شَقْصٌ ، ثَبَّتَتْ ^(١) لَهُ الشُّفْعَةُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ ، مِنْهُمْ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ^(٢) ، وَسَوَّارٌ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : لَا شُّفْعَةَ لَهُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ النَّحْعِيِّ ، وَالْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَا يُمَكِّنُهُ الْأَخْذُ ، وَلَا يُمَكِّنُ انْتِظَارُهُ حَتَّى يَبْلُغَ . لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْمُشْتَرَى ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْأَخْذُ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يَمْلِكُ الْعَفْوَ لَا يَمْلِكُ الْأَخْذَ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ ، وَلِأَنَّهُ خِيَارٌ جُعِلَ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنِ الْمَالِ ، فَيُثَبَّتُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يُمَكِّنُ الْأَخْذَ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْوَلِيَّ يَأْخُذُ بِهَا ، كَمَا يَرُدُّ الْمَعِيبَ . قَوْلُهُمْ : لَا يُمَكِّنُهُ الْعَفْوُ . يَنْطَلُ بِالْوَكِيلِ فِيهِ ، وَبِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، فَإِنَّ وَلِيَّ الصَّبِيِّ ^(٣) لَا يُمَكِّنُهُ الْعَفْوُ ، وَيُمَكِّنُهُ الرَّدُّ . وَلِأَنَّ فِي الْأَخْذِ تَخْصِيلاً لِلْمِلْكِ لِلصَّبِيِّ ، وَنَظَرًا لَهُ ، وَفِي الْعَفْوِ تَضْيِيعٌ وَتَفْرِيطٌ فِي حَقِّهِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ مِلْكٍ مَا فِيهِ الْحَظُّ مِلْكٌ مَا فِيهِ تَضْيِيعٌ ، وَلِأَنَّ الْعَفْوَ إِسْقَاطُ لِحَقِّهِ ، وَالْأَخْذَ اسْتِيفَاءُ لَهُ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ مِلْكٍ الْوَلِيَّ اسْتِيفَاءَ حَقِّ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ، مِلْكُ إِسْقَاطِهِ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ حُقُوقِهِ وَدُيُونِهِ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(١) فِي ب : « يَثْبِت » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي م : « الصَّبَر » خَطَأً .

وإن لم يأخذ الولي، انتظر بلوغ الصبي، كما ينتظر قُدوم الغائب. وما ذكره من الضرر في الانتظار، يَطلُّ بالغائب. إذا ثبت هذا، فإن ظاهر قول الخرقي، أن للصغير إذا كبر الأخذ بها، سواء عفا عنها الولي أو لم يعف، وسواء كان الحظ^(٤) في الأخذ بها، أو في تركها. وهو ظاهر كلام أحمد، في رواية ابن منصور: له الشفعة إذا بلغ فاختار. ولم يُفرق. وهذا قول الأوزاعي، وزفر، ومحمد بن الحسن، وحكاه بعض أصحاب / الشافعي عنه؛ لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها، سواء كان له الحظ فيها^(٥) أو لم يكن، فلم يسقط بترك غيره، كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها. وقال أبو عبد الله ابن حامد: إن تركها الولي لحظ الصبي، أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به، سقطت. وهذا ظاهر^(٦) مذهب الشافعي؛ لأن الولي فعل ما له فعله، فلم يجز للصبي نقضه، كالرد بالعيب، ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي، فصَحَّ، كالأخذ مع الحظ. وإن تركها لغير ذلك، لم تسقط. وقال أبو حنيفة: تسقط بعفو الولي عنها في الحالتين؛ لأن من ملك الأخذ بها ملك العفو عنها، كالمالك. وخالفه صاحباه في هذا؛ لأنه أسقط حقا للمولى عليه، ولا^(٧) حظ له في إسقاطه، فلم يصح، كالإبراء، وإسقاط خيار الرد بالعيب. ولا يصح قياس الولي على المالك؛ لأن للمالك التبرع والإبراء وما لا حظ له فيه، بخلاف الولي.

فصل: فأما الولي، فإن كان للصبي حظ في الأخذ بها، مثل أن يكون الشراء رخيصا، أو يضمن المثل وللصبي مال لشراء العقار، لزم وليه الأخذ بالشفعة؛ لأن عليه الاحتياط له، والأخذ بما فيه الحظ، فإذا أخذ بها، ثبت المثل للصبي، ولم يملك نقضه بعد البلوغ، في قول أكثر أهل العلم، منهم مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال الأوزاعي: ليس للولي الأخذ بها؛ لأنه لا يملك العفو عنها، فلا يملك

(٤) سقط من: م.

(٥) سقط من: ب.

(٦) في م: لا.

الْأَخْذُ بِهَا ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُ بِهَا الصَّبِيُّ إِذَا كَبِرَ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ جُعِلَ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ عَنِ الْمَالِ ، فَمَلَكَهُ الْوَلِيُّ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ ، كَالرَّدِّ بِالْغَيْبِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فَسَادَ قِيَاسِهِ فِيْمَا مَضَى . فَإِنْ تَرَكَهَا الْوَلِيُّ مَعَ الْحِطِّ فَلِلصَّبِيِّ الْأَخْذُ بِهَا إِذَا كَبِرَ ، وَلَا يَلْزَمُ الْوَلِيَّ لَذَلِكَ غُزْمٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفُوتْ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ ، وَإِنَّمَا تَرَكَ تَحْصِيلَ مَالِهِ الْحِطُّ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو تَرَكَ شِرَاءَ الْعَقَارِ لَهُ ^(٨) مَعَ الْحِطِّ فِي شِرَائِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْحِطُّ فِي تَرَكَهَا ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي قَدْ غُبِنَ ، أَوْ كَانَ فِي الْأَخْذِ بِهَا يَخْتِاجُ إِلَى أَنْ يَسْتَقْرِضَ وَيَرْهَنَ مَالَ الصَّبِيِّ ، فَلَيْسَ لَهُ الْأَخْذُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ فَعْلَ مَا لَا حِطَّ لِلصَّبِيِّ فِيهِ . فَإِنْ أَخَذَ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ ، وَيَكُونُ بَاقِيًا عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى لَهُ مَا لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِزِيَادَةٍ كَثِيرَةٍ عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ ، أَوْ اشْتَرَى مَعِيًّا يَعْلَمُ عَيْنَهُ ، وَلَا يَمْلِكُ الْوَلِيُّ الْمَبِيعَ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ تُؤْخَذُ بِحَقِّ الشَّرِكَةِ ، وَلَا شَرِكَةَ لِلْوَلِيِّ ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَرَادَ الْأَخْذَ لِنَفْسِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ، فَأَشْبَهَ مَالُو تَزَوُّجَ لغيرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَإِنَّهُ يَقَعُ بَاطِلًا ، وَلَا يَصِحُّ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، كَذَا هُنَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، / يَصِحُّ الْأَخْذُ لِلصَّبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى ^(٩) لَهُ مَا يَنْدَفِعُ عَنْهُ الضَّرَرُ بِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيًّا لَا يَعْلَمُ عَيْنَهُ ، وَالْحِطُّ يَخْتَلِفُ وَيُخْفَى ، فَقَدْ يَكُونُ لَهُ حِطٌّ فِي الْأَخْذِ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ ^(١٠) ، لِزِيَادَةِ قِيمَةِ مِلْكِهِ وَالشَّقْصِ الَّذِي يَشْتَرِيهِ بِزَوَالِ الشَّرِكَةِ ، أَوْ لِأَنَّ الضَّرَرَ الَّذِي ^(١١) يَنْدَفِعُ بِأَخْذِهِ كَثِيرٌ ، فَلَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ الْحِطِّ بِنَفْسِهِ لِحَفَائِهِ ، وَلَا بِكَثْرَةِ الثَّمَنِ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ ، وَصَحَّ الْبَيْعُ .

و ٤٢/٥

فصل : وَإِذَا بَاعَ وَصِيُّ الْأَيْتَامِ ، فَبَاعَ لِأَحَدِهِمْ نَصِيبًا فِي شَرِكَةِ الْآخَرِ ^(١٢) ، كَانَ لَهُ

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في م : يشتري .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في ب ، م : آخر .

الْأَخْذُ لِلْآخِرِ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ كَالشِّرَاءِ لَهُ . وَإِنْ كَانَ الْوَصِيُّ شَرِيكًا لِمَنْ بَاعَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْأَخْذُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي بَيْعِهِ ، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ يَشْتَرِي لِنَفْسِهِ مِنْ مَالِ يَتِيمِهِ . وَلَوْ بَاعَ الْوَصِيُّ نَصِيبَهُ ، كَانَ لَهُ الْأَخْذُ لِلْيَتِيمِ بِالشُّفْعَةِ ، إِذَا كَانَ لَهُ الْحِظُّ فِيهَا ؛ لِأَنَّ التُّهْمَةَ مُنْتَفِيَةٌ ، فَإِنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الزِّيَادَةِ فِي ثَمَنِهِ ، لَكَوْنِ الْمُشْتَرِي لَا يُؤَافِقُهُ ، وَلِأَنَّ الثَّمَنَ حَاصِلٌ لَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي ، كَحُصُولِهِ مِنَ الْيَتِيمِ ، بِخِلَافِ بَيْعِهِ مَالِ الْيَتِيمِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَقْلِيلُ الثَّمَنِ لِأَخْذِ الشُّفْعِصَ بِهِ ، فَإِذَا رُفِعَ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَبَاعَ عَلَيْهِ ، فَلِلْوَصِيِّ الْأَخْذُ حَيْثُذ ؛ لِإِعْدَمِ التُّهْمَةِ ، وَإِنْ كَانَ مَكَانَ الْوَصِيِّ أَبٌ ، فَبَاعَ شِفْصَ الصَّبِيِّ ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ نَفْسِهِ مَالًا وَلَدَهُ ، لِإِعْدَمِ التُّهْمَةِ . وَإِنْ بَاعَ شِفْصَ فِي شَرَكَةِ حَمَلٍ ، لَمْ يَكُنْ لَوَلِيِّهِ أَنْ يَأْخُذَ لَهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَمْلِيكُهُ بغيرِ الْوَصِيَّةِ . وَإِذَا وُلِدَ الْحَمْلُ ثُمَّ كَبِرَ ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، كَالصَّبِيِّ إِذَا كَبِرَ .

فصل : وَإِذَا عَفَا وَلِيُّ الصَّبِيِّ عَنْ شَفْعَتِهِ الَّتِي لَهُ فِيهَا حِظٌّ ، ثُمَّ أَرَادَ الْأَخْذَ بِهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ تَسْقُطْ بِإِسْقَاطِهِ ، وَلِذَلِكَ مَلَكَ الصَّبِيُّ الْأَخْذَ بِهَا إِذَا كَبِرَ ، ^(١٢) وَلَوْ سَقَطَتْ ^(١٢) لَمْ يَمْلِكِ الْأَخْذَ بِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكِ الْأَخْذَ بِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ عَلَى التَّرَاخِي ، وَذَلِكَ عَلَى خِلَافِ الْخَبَرِ وَالْمَعْنَى . وَيُخَالِفُ أَخْذَ الصَّبِيِّ بِهَا إِذَا كَبِرَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ يَتَجَدَّدُ لَهُ عِنْدَ كِبَرِهِ ، فَلَا يَمْلِكُ تَأْخِيرَهُ حَيْثُذ ، وَكَذَلِكَ أَخْذَ الْغَائِبِ بِهَا إِذَا قَدِمَ . فَأَمَّا إِنْ تَرَكَهَا لِإِعْدَمِ الْحِظِّ فِيهَا ، ثُمَّ أَرَادَ الْأَخْذَ بِهَا ، وَالْأَمْرُ عَلَى مَا كَانَ ، لَمْ يَمْلِكِ ذَلِكَ ، كَمَا لَمْ يَمْلِكْهُ ابْتِدَاءً . وَإِنْ صَارَ فِيهَا حِظٌّ ، أَوْ كَانَ مُعْسِرًا عِنْدَ الْبَيْعِ فَأَيَّسَرَ بَعْدَ ذَلِكَ ، انْتَبَى ذَلِكَ عَلَى سَقُوطِهَا بِذَلِكَ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : لَا تَسْقُطُ ، وَلِلصَّبِيِّ الْأَخْذُ بِهَا إِذَا كَبِرَ . فَحُكْمُهَا حُكْمُ مَا فِيهِ الْحِظُّ ، وَإِنْ قُلْنَا : تَسْقُطُ . فَلَيْسَ لَهُ الْأَخْذُ بِهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ سَقَطَتْ عَلَى الْإِطْلَاقِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَفَا الْكَبِيرُ عَنْ شَفْعَتِهِ .

(١٢-١٢) فِي الْأَصْلِ : ؛ وَإِذَا سَقَطَ .

فصل : / والحُكْمُ فِي الْمَجْنُونِ الْمُطْبِقِ كَالْحُكْمِ فِي الصَّبِيِّ سِوَاءَ ؛ لِأَنَّهُ مَخْجُورٌ عَلَيْهِ لِحَظِّهِ ، وَكَذَلِكَ السَّفِيهُ لِذَلِكَ ، وَأَمَّا الْمُعْمَى عَلَيْهِ فَلَا وَلايَةَ عَلَيْهِ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْغَائِبِ وَالْمَجْنُونِ^(١٣) . يَنْتَظَرُ إِفَاقَتَهُ . وَأَمَّا الْمُفْلِسُ ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَالْعَفْوُ عَنْهَا ، وَلَيْسَ لِعَرْمَائِهِ الْأَخْذُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يَثْبُتْ لَهُمْ فِي أَمْلَاكِهِ^(١٤) قَبْلَ قِسْمَتِهَا ، وَلَا إِجْبَارُهُ عَلَى الْأَخْذِ بِهَا ؛ لِأَنَّهُا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا ، كَسَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ . وَلَيْسَ لَهُمْ إِجْبَارُهُ عَلَى الْعَفْوِ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقٍّ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ . وَسِوَاءَ كَانَ لَهُ حَظٌّ فِي الْأَخْذِ بِهَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَيْسَ بِمَخْجُورٍ عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ ، لَكِنْ لَهُمْ مَنْعُهُ مِنْ دَفْعِ مَالِهِ فِي ثَمَنِهَا ؛ لِتَعَلُّقِ حُقُوقِهِمْ بِمَالِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ شَيْقَصًا غَيْرَ هَذَا . وَمَتَى مَلَكَ الشَّقْصَ الْمَأْخُوذَ بِالشُّفْعَةِ ، تَعَلَّقَتْ حُقُوقُ الْعَرْمَاءِ بِهِ ، سِوَاءَ أَخَذَهُ بِرِضَاهُمْ أَوْ بغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اكْتَسَبَهُ . وَأَمَّا الْمُكَاتِبُ ، فَلَهُ الْأَخْذُ وَالتَّرْكَ ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ يَقَعُ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ . فَأَمَّا الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ مِنَ الْعَبِيدِ ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي الشِّرَاءِ ، وَإِنْ عَفَا عَنْهَا^(١٥) لَمْ يَنْفِذْ عَفْوُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لِسَيِّدِهِ^(١٦) ، وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي إِبْطَالِ حُقُوقِهِ . وَإِنْ أَسْقَطَهَا السَّيِّدُ ، سَقَطَتْ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ أَنْ يَأْخُذَ ؛ لِأَنَّ لِلْسَيِّدِ الْحَجَرَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ أَسْقَطَهُ مُسْتَحِقُّهُ ، فَيَسْقُطُ بِإِسْقَاطِهِ .

فصل : وَإِذَا بَيَعَ شَيْقَصٌ فِي شَرِكَةِ مَالِ الْمُضَارِبَةِ ، فَلِلْعَامِلِ الْأَخْذُ بِهَا إِذَا كَانَ الْحَظُّ فِيهَا ، فَإِنْ تَرَكَهَا فَلِرَبِّ الْمَالِ الْأَخْذُ ؛ لِأَنَّ مَالِ الْمُضَارِبَةِ مِلْكُهُ . وَلَا يَنْفِذُ عَفْوُ الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لغيرِهِ ، فَلَمْ يَنْفِذْ عَفْوُهُ ، كَالْمَأْذُونِ لَهُ . وَإِنْ اشْتَرَى الْمُضَارِبُ بِمَالِ الْمُضَارِبَةِ شَيْقَصًا فِي شَرِكَةِ رَبِّ الْمَالِ ، فَهَلِ لِرَبِّ الْمَالِ فِيهِ شُفْعَةٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، مَبْنِيَيْنِ عَلَى شِرَاءِ

(١٣) فِي ب : « وَالْمَجْنُونِ » .

(١٤) فِي ب : « أَمْلَاكِهِمْ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « عَنْهُ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « لِلْسَيِّدِ » .

رَبِّ الْمَالِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُمَا . وَإِنْ كَانَ الْمُضَارِبُ شَفِيعَهُ ، وَلَا رِنَعَ فِي الْمَالِ ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لغيرِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِنَعٌ ، وَقُلْنَا : لَا يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ . فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ . ففِيهِ وَجْهَانِ كَرَبِّ الْمَالِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كُلُّهُ عَلَى مَا ^(١٧) ذَكَرْنَا . فَإِنْ بَاعَ الْمُضَارِبُ شَيْئًا فِي شَرِكَتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ ، فَأَشْبَهَ شِرَاءَهُ مِنْ نَفْسِهِ .

فصل : وَلَا شُفْعَةَ بِشَرِكَةِ الْوَقْفِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِيَانِ ؛ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَأَبُو يَعْلَى ، / ٤٣/٥ و
وهو ظاهرُ مذهبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ ، فَلَا تَجِبُ فِيهِ ^(١٨) ، كَالْمُجَاوِرِ وَغَيْرِ الْمُتَقَسِّمِ ، وَلَأَنَّا إِنْ قُلْنَا : هُوَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ . فَالْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ غَيْرُ مَالِكٍ ، وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ مَمْلُوكٌ . فَمِلْكُهُ غَيْرُ تَامٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ إِباحَةَ التَّصَرُّفِ فِي الرَّقَبَةِ ، فَلَا يَمْلِكُ بِهِ مِلْكًا تَامًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ قُلْنَا : هُوَ مَمْلُوكٌ . وَجَبَتْ بِهِ الشُّفْعَةُ ؛ ^(١٩) لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ يَبِيعُ فِي شَرِكَتِهِ شَيْئًا ^(٢٠) ، فَوَجَبَتْ بِهِ الشُّفْعَةُ كَالطَّلَقِ ^(٢١) ، وَلِأَنَّ الضَّرَرَ يَنْدَفِعُ عَنْهُ بِالشُّفْعَةِ كَالطَّلَقِ ، فَوَجَبَتْ فِيهِ ، كَوُجُوبِهَا فِي الطَّلَقِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَسْتَحِقَّ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِهَا يَبِيعُ ، وَهُوَ مِمَّا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

٨٧٧ — مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا بَنَى الْمُشْتَرِي أَغْطَاهُ الشَّفِيعُ قِيمَةَ بَنَائِهِ ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ بِبَنَائِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي أَخْذِهِ ضَرَرٌ)

وَجَمَلَتْهُ أَنَّهُ يُتَصَوَّرُ بِنَاءُ الْمُشْتَرِي وَغَرَسُهُ فِي الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ عَلَى وَجْهِ مُبَاحٍ فِي مَسَائِلٍ ؛ مِنْهَا ، أَنْ يُظْهِرَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ وَهَبَ لَهُ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَمَنِهِ ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الشَّفِيعَ مِنَ الْأَخْذِ بِهَا ، فَيَتْرُكُهَا وَيُقَاسِمُهُ ، ثُمَّ يَبْنِي الْمُشْتَرِي وَيَغْرِسُ

(١٧) سقط من : م .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩-٢٠) سقط من : الأصل .

(٢٠) لعله أراد به غير الوقف .

فيه . ومنها ، أن يكونَ غائبًا فيُقاسِمه وكيِّله ، أو صَغِيرًا فيُقاسِمه وَلِيه ، ونحو ذلك ، ثم يَقدِّم الغائبُ ، أو يَنْلُغ الصَّغِيرُ ، فيأخُذ بالشُّفْعَةِ . وكذلك إن كان غائبًا أو صَغِيرًا ، فطالِبُ المُشْتَرَى الحَاكِمَ بالقِسْمَةِ ، فقاَسَمَ ، ثم قَدِمَ الغائبُ ، وبنَلغ الصَّغِيرُ ، فأخذه بالشُّفْعَةِ بعدَ غَرْسِ المُشْتَرَى وبنائِه ، فإنَّ لِلْمُشْتَرَى قَلْعَ غَرْسِهِ وبنائِه ، إن اختارَ ذلك ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فإذا قَلَعَهُ فليس عليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ولا نَقْصُ الأرضِ . ذَكَرَه القاضِي . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه غَرْسَ وَبَنَى فِي مِلْكِهِ ، وما حَدَثَ من النِّقْصِ إِنَّمَا حَدَثَ فِي مِلْكِهِ ، وذلكَ لما لا يَقَابِلُهُ تَمَنُّ . وظاهرُ كلامِ^(١) الجَرْقِيِّ أنَّ عليه ضَمَانُ النِّقْصِ الحَاصِلِ بالقَلْعِ ؛ لأنَّه اشْتَرَطَ فِي قَلْعِ الغَرْسِ والبِنَاءِ عَدَمَ الضَّرَرِ ، وذلكَ لأنَّه نَقَصَ دَخَلَ عَلَى مِلْكِ غَيْرِهِ لِأَجْلِ تَحْلِيصِ مِلْكِهِ ، فَلَزِمَهُ^(٢) ضَمَانُهُ ، كما لو كَسَرَ مِخْبَرَةً غَيْرِهِ لِإِخْرَاجِ دِينَارِهِ مِنْهَا . وقولُهُم : إنَّ النِّقْصَ حَصَلَ فِي مِلْكِهِ . ليس كذلكَ ؛ فَإِنَّ النِّقْصَ الحَاصِلَ بالقَلْعِ إِنَّمَا هُوَ فِي مِلْكِ الشُّفْعِيغِ . فَأَمَّا نَقْصُ الأرضِ الحَاصِلُ بِالغَرْسِ والبِنَاءِ فَلَا يَضْمَنُهُ ؛ لما ذَكَرُوهُ . فَإِنْ لَمْ يَحْتَرِ الْمُشْتَرَى القَلْعَ ، فَالشُّفْعِيغُ بِالْخِيَارِ^(٣) بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ تَرْكِ الشُّفْعَةِ ، وَبَيْنَ دَفْعِ قِيَمَةِ الغَرْسِ والبِنَاءِ فَيَمْلِكُهُ مَعَ الأرضِ ، وَبَيْنَ قَلْعِ الغَرْسِ والبِنَاءِ ، وَيَضْمَنُ لَهُ مَا نَقَصَ بالقَلْعِ . وَهَذَا قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، / وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي شَوَّازٍ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ حَمَادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُكَلِّفُ الْمُشْتَرَى القَلْعَ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لأنَّه بَنَى فِيمَا اسْتَحَقَّ غَيْرُهُ أَخْذَهُ ، فَأَشْبَهَ الغَاصِبَ ، ولأنَّه بَنَى فِي حَقِّ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَأَثَ مُسْتَحَقَّةً . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(٤) . وَلَا يَزُولُ الضَّرَرُ عَنْهُمَا إِلَّا بِذَلِكَ ، ولأنَّه بَنَى فِي مِلْكِهِ الَّذِي تَمَلَّكَ بِيَعِهِ ، فَلَمْ يُكَلِّفْ قَلْعَهُ مَعَ الإِضْرَارِ ، كما لو لَمْ يَكُنْ مَشْفُوعًا . وَفَارَقَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ بَنَى فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، ولأنَّه

ط ٤٣/٥

(١) فِي ب : قول .

(٢) فِي الْأَصْلِ : فعلِيهِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : مخِير .

(٤) تَقْدِمْ تَخْرِيجِهِ فِي : ٤ / ١٤٠ .

عِرْقِ ظَالِمٍ ، وليس لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ ، بخلافِ مَسْأَلَتِنَا ، فإنه غيرُ ظَالِمٍ ، فيكونُ له حَقٌّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنه لا يُمكنُ إيجابُ قِيَمَتِهِ مُسْتَحِقًّا لِلْبَقَاءِ فِي الْأَرْضِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ ، وَلَا قِيَمَتَهُ مَقْلُوعًا ؛ لَأَنَّهُ لو وَجِبَتْ قِيَمَتُهُ مَقْلُوعًا لَمَلِكَ قَلْعُهُ ، وَلَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا ، وَلَأَنَّهُ قد يكونُ مِمَّا لَا قِيَمَةَ لَهُ إِذَا قَلَعَهُ ^(٥) . ولم يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا كَيْفِيَّةَ وَجُوبِ الْقِيَمَةِ ، فَالظَاهِرُ أَنَّ الْأَرْضَ تُقَوِّمُ فِيهَا الْغَرَسُ ^(٦) وَالْبِنَاءُ ، ثُمَّ تُقَوِّمُ خَالِيَةَ مِنْهُمَا ، فيكونُ ما بينهما قِيَمَةَ الْغَرَسِ وَالْبِنَاءِ ، فيذْفَعُهُ الشَّفِيعُ إِلَى الْمُشْتَرِي إِنْ أَحَبَّ ، أَوْ مَا نَقَصَ مِنْهُ إِنْ اخْتَارَ الْقَلْعَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هو الذي زَادَ بِالْغَرَسِ وَالْبِنَاءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَوِّمَ الْغَرَسُ وَالْبِنَاءُ مُسْتَحِقًّا لِلتَّرِكِ بِالْأَجْرَةِ ، أَوْ لِأَخْذِهِ بِالْقِيَمَةِ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ قَلْعِهِ ، فَإِنْ كَانَ لِلْغَرَسِ وَقْتُ يُقْلَعُ فِيهِ فيكونُ له قِيَمَةٌ ، وَإِنْ قُلِعَ قَبْلَهُ لم يَكُنْ له قِيَمَةٌ ، أَوْ تَكُونُ قِيَمَتُهُ قَلِيلَةً ، فَاخْتَارَ الشَّفِيعُ قَلْعَهُ قَبْلَ وَقْتِهِ ، فَله ذَلِكَ ؛ لَأَنَّهُ يَضْمَنْ النِّقْصَ فَيَجْبِرُ بِهِ ضَرَرَ الْمُشْتَرِي ، سواءَ كَثُرَ النِّقْصُ أَوْ قَلَّ ، وَيُعَوِّدُ ضَرَرَ كَثْرَةِ النِّقْصِ عَلَى الشَّفِيعِ ، وَقَدْ رَضِيَ بِاخْتِمَالِهِ . وَإِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى مَعَ الشَّفِيعِ أَوْ وَكَّلِيهِ فِي الْمَشَاعِ ، ثُمَّ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ ، فَالْحُكْمُ فِي أَخْذِ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ كَالْحُكْمِ فِي أَخْذِ جَمِيعِهِ بَعْدَ الْمُقَاسَمَةِ .

فصل : وَإِنْ زَرَعَ فِي الْأَرْضِ ، فَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَيَبْقَى زَرْعُ الْمُشْتَرِي إِلَى أَوَانِ الْحَصَادِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ لَا يَبْقَى ، وَلَا أَجْرَةَ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ زَرَعَهُ فِي مِلْكِهِ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ اشْتَرَى الْأَرْضَ فِيهَا زَرْعًا لِلْبَايِعِ ، فَكَانَ لَهُ مُبْقَى إِلَى الْحَصَادِ بِلَا أَجْرَةٍ ، كغَيْرِ الْمَشْفُوعِ . وَإِنْ كَانَ فِي الشَّجَرِ ثَمَرٌ ظَاهِرٌ ، انْتَمَرَ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي ، فَهُوَ لَهُ مُبْقَى إِلَى الْجِذَازِ ، كَالزَّرْعِ .

فصل : وَإِذَا نَمَا الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، لم يَحُلْ مِنْ حَالَتِهِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ ثَمَاءً مُتَّصِلًا ، كَالشَّجَرِ إِذَا كَثُرَ ، أَوْ ثَمَرَةً غَيْرَ ظَاهِرَةٍ ، فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُهُ بِزِيَادَتِهِ ؛ لِأَنَّ

(٥) فِي ب : قَلْعُ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : الْغَرَسُ .

هذه زيادة غير متميزة . فتبعت الأصل^(٧) ، كما لو رُدَّ بعيب أو خيار أو إقالة . فإن قيل : فلم لا يرجع الزوج في نصفه / زائدا^(٨) إذا طلق^(٩) قبل الدخول ؟ قلنا : لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة ، إذا فاته الرجوع بالعين^(١٠) ، وفي مسألتنا إذا لم يرجع في الشقص ، سقط حقه من الشفعة ، فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائع ، وإذا أخذ الأصل تبعه نماءه المتصل ، كما ذكرنا في الفسوخ كلها . الحال الثاني ، أن تكون الزيادة منفصلة ، كالغلة ، والأجرة ، والطلع المؤبر ، والثمرة الظاهرة ، فهي للمشتري ، لا حق للشفيع فيها ؛ لأنها حدثت في ملكه ، وتكون للمشتري مبقاة في رؤوس التحل إلى الجذاذ ؛ لأن أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان ، فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه ، فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر ، فأبهره ، ثم أخذه الشفيع ، أخذ الأصل دون الثمرة ، وبأخذ الأرض والنخيل بحصتيهما من الثمن ، كما لو كان المبيع شقصا وسيفا .

فصل : وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري ، فهو من ضمانه ؛ لأنه ملكه تلف في يده ، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه ، أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري ، كنقصه للبناء ، أو بغير اختياره ، مثل أن تهدم . ثم إن كانت الأنقاض^(١١) موجودة أخذها مع العرصية بالحصصة . وإن كانت معدومة أخذ العرصية وما بقي من البناء . وهذا ظاهر كلام أحمد ، في رواية ابن القاسم . وهذا قول الثوري ، والعنبري ، وأبي يوسف ، وقول للشافعي^(١٢) . وقال أبو عبد الله ابن حامد : إن كان التلف بفعل آدمي ، كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى ، كأنهدم البناء بنفسه ، أو حريق ، أو غرق ، فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن ، أو يترك . وهذا قول أبي حنيفة ، وقول للشافعي^(١٣) ؛ لأنه متى كان النقص بفعل آدمي ، رجع بذله إلى المشتري ، فلا

(٧) في ب : « الأرض » .

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) في الأصل ، ب : « في العين » .

(١٠) في الأصل : « الأبعاد » .

(١١) في ب ، م : « الشافعي » .

يَتَضَرَّرُ ، ومتى كان بغير ذلك ، لم يَرْجِعْ إليه شيءٌ ، فيكونُ الأخذُ منه إضرارًا به ، والضَّرَرُ لا يُزَالُ بالضَّرَرِ . ولنا ، أنه تَعَدَّرَ على الشَّفِيعِ أخذُ الجميعِ ، وقَدَّرَ على أخذِ البعضِ ، فكان له بالحِصَّةِ من الثَّمَنِ ، كما لو تَلَفَ بفعلِ آدميٍّ سِوَاهُ ، أو كما لو كان له شَفِيعٌ آخَرُ ، أو نقولُ : أَخَذَ بعضَ ما دَخَلَ معه في العَقْدِ ، فأَخَذَهُ بالحِصَّةِ ، كما لو كان معه سَيِّفٌ . وأمَّا الضَّرَرُ فإنَّما حَصَلَ بالتَّلَفِ ، ولا صُنِعَ للشَّفِيعِ فيه ، والذي يأخُذُهُ الشَّفِيعُ يُوَدِّي ثَمَنَهُ ، فلا يَتَضَرَّرُ المُشْتَرِي بأخذه . وإنما قلنا : يأخُذُ الأَنْقَاضُ^(١٢) وإنْ كانتْ مُتَفَصِّلَةً ؛ لأنَّ اسْتِحْقَاقَهُ للشُّفْعَةِ كانَ حَالِ عَقْدِ الْبَيْعِ ، وفي تلكِ الحالِ كانَ مُتَصِلًا اتِّصَالًا لَيْسَ مَا لَهُ إِلَى الْإِنْفِصَالِ ، وانْفِصَالُهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُسْقِطُ حَقَّ الشُّفْعَةِ . / ويفَارِقُ الثَّمَرَةَ غَيْرَ الْمُؤَبَّرَةِ إِذَا تَأَثَّرَتْ ، فَإِنَّ مَا لَهَا إِلَى الْإِنْفِصَالِ وَالظُّهُورِ ، فَإِذَا ظَهَرَتْ فَقَدْ انْفَصَلَتْ ، فلمْ تَدْخُلْ فِي الشُّفْعَةِ . وَإِنْ نَقَصَتْ الْقِيَمَةُ مَعَ بَقَاءِ صُورَةِ الْمَبِيعِ ، مِثْلَ أَنْ انشَقَّ الْحَائِطُ ، وَاسْتَهْدَمَ الْبِنَاءُ ، وَشَعَثَ الشَّجَرُ ، وَبَارَتِ الْأَرْضُ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الْأَخْذُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ التَّرْكِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَعَانِيَ لَا يُقَابَلُهَا الثَّمَنُ ، بِخِلَافِ الْأَعْيَانِ ، وَلِهَذَا قُلْنَا : لَوْ بَنَى الْمُشْتَرِي ، أَعْطَاهُ الشَّفِيعُ قِيَمَةَ بِنَائِهِ ، وَلَوْ زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَصِلَةً ، دَخَلَتْ فِي الشُّفْعَةِ .

٨٧٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الشَّرَاءُ وَقَعَ بِغَيْرِهِ ، أَوْ رِقٍ ، أَعْطَاهُ الشَّفِيعُ مِثْلَ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ غَرَضًا ، أَعْطَاهُ^(١٣) قِيَمَتَهُ)

وجملته أَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشُّفْعَ مِنَ الْمُشْتَرِي^(١) بِالثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ؛ لِمَا رَوَى فِي حَدِيثِ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « هُوَ أَحَقُّ بِالثَّمَنِ »^(٢) . رَوَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « الْأَبْعَاضُ » .

(١-١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ب : « هُوَ » . وَانْظُرْ مَا تَقْدِمُ مِنَ التَّخْرِيجِ فِي صَفْحَةِ ٤٣٥ .

الجُوزَ جَانِيٌّ فِي « كِتَابِهِ ». وَلَأَنَّ الشَّفِيعَ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الشَّقْصَ بِالْبَيْعِ ، فَكَانَ مُسْتَحِقًّا لَهُ
بِالثَّمَنِ ، كَالْمُشْتَرَى . فَإِنْ قِيلَ : إِنْ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ أَخْذَهُ بِغَيْرِ رِضَى مَالِكِهِ ، فَيُتْبَغَى أَنْ
يَأْخُذَهُ بِقِيَمَتِهِ ، كَالْمُضْطَرِّ يَأْخُذُ طَعَامَ غَيْرِهِ . قُلْنَا : الْمُضْطَرُّ اسْتَحَقَّ أَخْذَهُ بِسَبَبِ
حَاجَةٍ خَاصَّةٍ ، فَكَانَ الْمَرْجِعُ فِي بَدَلِهِ إِلَى قِيَمَتِهِ ، وَالشَّفِيعُ اسْتَحَقَّهُ لِأَجْلِ الْبَيْعِ ، وَلِهَذَا
لَوْ انْتَقَلَ بِهَبَةٍ أَوْ مِيرَاثٍ لَمْ يَسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ ، وَإِذَا اسْتَحَقَّ ذَلِكَ بِالْبَيْعِ ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ
بِالْعَوَضِ الثَّابِتِ بِالْبَيْعِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّا نَنْظُرُ فِي الثَّمَنِ ، فَإِنْ كَانَ دَنَائِرًا أَوْ دَرَاهِمَ ،
أَعْطَاهُ الشَّفِيعُ مِثْلَهُ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا مِثْلَ لَهُ كَالثِّيَابِ ^(٣) وَالْحَيَوَانِ ، فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَحَقُّ
الشَّقْصَ بِقِيَمَةِ الثَّمَنِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَبِهِ يَقُولُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ،
وَالشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَسَوَّارٍ ، أَنَّ الشُّفْعَةَ لَا تَجِبُ هَهُنَا ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ
بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، وَهَذَا لَا مِثْلَ لَهُ ، فَتَعَذَّرَ الْأَخْذُ ، فَلَمْ يَجِبْ ، كَمَا لَوْ جُهِلَ الثَّمَنُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
أَحَدُ نَوْعِي الثَّمَنِ ، فَجَازَ أَنْ تُثَبَّتَ بِهِ الشُّفْعَةُ فِي الْمَبِيعِ ، كَالْمِثْلِيِّ ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا
يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمِثْلَ يَكُونُ مِنْ طَرِيقِ الصُّورَةِ ، وَمِنْ طَرِيقِ الْقِيَمَةِ . كَبَدَلِ الْمُتَلَفِ ، فَأَمَّا
إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مِنَ الْمِثْلِيَّاتِ غَيْرِ الْأَثْمَانِ ، كَالْحُبُوبِ وَالْأَذْهَانِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا :
يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، فَهُوَ كَالْأَثْمَانِ . وَبِهِ يَقُولُ أَصْحَابُ
الرَّأْيِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ وَلِأَنَّ هَذَا مِثْلٌ مِنْ طَرِيقِ الصُّورَةِ وَالْقِيَمَةِ ، فَكَانَ أَوَّلَى مِنْ
الْمُمَاتِلِ فِي إِحْدَاهُمَا ، وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ بَدَلُ الثَّمَنِ ، فَكَانَ مِثْلُهُ ، كَبَدَلِ الْقَرْضِ ^(٤)
وَالْمُتَلَفِ .

فصل : وَيَسْتَحَقُّ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ بِالْثَّمَنِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، فَلَوْ تَبَايَعَا بِقَدَرٍ ،

ثم غيَّراهُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ بِزِيَادَةٍ أَوْ نَقْصٍ ، ثَبَتَ ذَلِكَ التَّغْيِيرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ / ٥٠٤ و
الشَّفِيعِ إِنَّمَا يَثْبُتُ إِذَا ثَمَّ الْعَقْدُ ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالْثَّمَنِ الَّذِي هُوَ ثَابِتٌ حَالَ اسْتِحْقَاقِهِ ،

(٣) فِي ب : : كَالنَّبَاتِ .

(٤) فِي ب : : الْعَوَضِ .

ولأنَّ زَمَنَ^(٥) الْخِيَارِ بِمَنْزِلَةِ حَالَةِ الْعَقْدِ ، وَالتَّغْيِيرُ يَلْحَقُ بِالْعَقْدِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى اخْتِيَارِهِمَا فِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي حَالِ الْعَقْدِ . فَأَمَّا إِذَا انْقَضَى الْخِيَارُ ، وَانْتَبَهَ الْعَقْدُ ، فَزَادَ أَوْ نَقَصَ ، لَمْ يَلْحَقْ بِالْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ بَعْدَهُ^(٦) هِبَةٌ يُعْتَبَرُ لَهَا^(٧) شُرُوطُ الْهِبَةِ ، وَالتَّنْقِصُ إِبْرَاءٌ مُبْتَدَأٌ ، وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَثْبُتُ التَّنْقِصُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ دُونَ الزِّيَادَةِ ، وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ مُلْحَقَانِ^(٨) بِالْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَضُرُّ الشَّفِيعَ ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا^(٩) ، بِخِلَافِ التَّنْقِصِ ، وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ بَقِيَ مَا يَكُونُ ثَمَنًا أَخَذَ بِهِ ، وَإِنْ حَطَّ الْأَكْثَرُ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ ، كَالزِّيَادَةِ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ الْأَخْذَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ قَبْلَ التَّغْيِيرِ ، فَلَمْ يُؤَيِّرِ التَّغْيِيرُ بَعْدَ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالزِّيَادَةِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْعُذْرِ^(١٠) غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَوْ لَحِقَ الْعَقْدَ لَرِمَ الشَّفِيعَ ، وَإِنْ أَضُرَّ بِهِ ، كَالزِّيَادَةِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَلِأَنَّهُ حَطَّ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ ، فَأَشْبَهَ حَطَّ الْجَمِيعِ أَوْ الْأَكْثَرِ عِنْدَ مَالِكٍ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مِمَّا تَجِبُ قِيَمَتُهُ ، فَإِنَّهَا تُعْتَبَرُ وَقْتُ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ ، وَلَا اغْتِبَارَ بَعْدَ ذَلِكَ بِالزِّيَادَةِ وَالتَّنْقِصِ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ ، اغْتِبِرَتِ الْقِيَمَةُ^(١١) حِينَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ وَاسْتِقْرَارِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الْمُحَاكَمَةِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ وَقْتُ الاسْتِحْقَاقِ وَقْتُ الْعَقْدِ ، وَمَا زَادَ بَعْدَ ذَلِكَ حَصَلَ فِي مِلْكِ الْبَائِعِ ، فَلَا يَقُومُ لِلْمُشْتَرِي ، وَمَا نَقَصَ فَمِنْ مَالِ الْبَائِعِ ، فَلَا يَنْقُصُ بِهِ حَقُّ الْمُشْتَرِي .

(٥) فِي ب : نَصٌ .

(٦) فِي ب : بَعْدَ ذَلِكَ .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، م : لَهَا .

(٨) فِي ب ، م : يُلْحَقَانِ .

(٩) فِي ب : يَمْلِكُهَا .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : الْعَقْدُ .

(١١) فِي ب زِيَادَةٌ : فِيهِ .

فصل: وإذا كان الثمن مُوجَّلاً ، أخذَه الشَّفِيعُ بذلك الأجل ، إن كان مَليئاً ، وإلَّا أقام ضَمِيناً مَليئاً وأخذَ . وبه قال مالكٌ ، وعبدُ الملِكِ ، وإسحاقُ . وقال الثَّوْرِيُّ : لا يأخذُها إلَّا ^(١٢) بالثَّقْدِ حالاً ^(١٣) . وقال أبو حنيفةَ : لا يأخذُها إلَّا بِثَمَنِ حَالٍ ، أو يَنْتَظِرُ مُضَيَّ الأجلِ ثم يأخذُ . وعن الشَّافِعِيِّ كَمَذْهَبِنَا ^(١٤) لأنَّه ^(١٥) يُمْكِنُه الأخذُ ^(١٦) بالموَجَّلِ ؛ لأنَّه يُفْضِي إلى أن يُلْزَمَ المُشْتَرِي قَبُولَ ذِمَّةِ الشَّفِيعِ ، والذِّمَّةُ لا تَتِمَّائِلُ ، وإنَّما يأخذُ بِمِثْلِهِ ، ولا يُلْزَمُهُ أن يأخذَ بِمِثْلِهِ حالاً ، لِغَلَا يُلْزَمُهُ أَكْثَرُ ممَّا يُلْزَمُ المُشْتَرِي ، ^(١٧) ولا بِمِثْلِ الثمنِ ^(١٨) إلى ^(١٩) الأجلِ ؛ لأنَّه إنَّما يأخذُ بِمِثْلِ الثمنِ أو القِيَمَةِ ، والسَّلْعَةُ ليستْ واحدةً منهما ، فلم يَبْقَ إلَّا التَّخْيِيرُ . ولنا ، أن الشَّفِيعَ تابعٌ للمُشْتَرِي في قَدْرِ الثمنِ وصِفَتِهِ ، والتَّأْجِيلُ من صِفَاتِهِ ، ولأنَّ في الحُلُولِ / زيادةً على التَّأْجِيلِ ، فلم يُلْزَمَ الشَّفِيعُ ، كزيادةِ القَدْرِ . وما ذَكَرُوهُ من اخْتِلَافِ الذِّمَّةِ ، فإنَّنا ^(٢٠) لا نُوجِبُها حتى تُوجَدَ المَلَاءَةُ في الشَّفِيعِ ، أو في ضَمِينِهِ ، بحيثُ يَنْحَفِظُ المَالُ ، فلا يَضُرُّ اخْتِلَافُهُمَا فيما وراءَ ذلك ، كما لو اشْتَرَى الشَّقْصَ بِسَلْعَةٍ وَجَبَتْ قِيَمَتُهَا ، ولا يَضُرُّ اخْتِلَافُهُمَا . ومتى أخذَه الشَّفِيعُ بالأجلِ ، فماتَ الشَّفِيعُ أو المُشْتَرِي ، وقُلْنَا : يَحِلُّ الدَّيْنُ بالمَوْتِ . حَلَّ الدَّيْنُ على المَيِّتِ منهما دونَ صاحِبِهِ ؛ لأنَّ سَبَبَ حُلُولِهِ الموتُ ، فاخْتَصَّ بِمَنْ وُجِدَ في حَقِّهِ .

فصل: وإذا باعَ شَيْقَصاً مُشْتَفِوعاً ، ومعه ما لا شُفْعَةَ فِيهِ ، كالسَّيْفِ والثَّوْبِ في عَقْدٍ واحدٍ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ في الشَّقْصِ بِحِصَّتِهِ من الثمنِ دونَ ما معه ، فَيُقَوِّمُ كُلُّ واحدٍ منهما ، وَيُقَسِّمُ الثمنُ على قَدْرِ قِيَمَتَيْهِمَا ، فما يَحْصُ الشَّقْصُ يأخذُه الشَّفِيعُ . وبهذا قال

(١٢-١٣) في ب : « باليد وحالا » .

(١٣) في م : « كمذهب أى حنيفة » .

(١٤) في ب زيادة : « لا » .

(١٥) في ب : « أخذه » .

(١٦-١٧) في ب : « فلا يلزمه » . وفي م : « ولا بسلعة الثمن » .

(١٧) سقط من : الأصل .

أبو حنيفة ، والشافعي . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجِبَ الشُّفْعَةُ ، لَكَلَّا تَتَبَعَصَ صَفَقَةُ الْمُشْتَرِي ، وفي ذلك إضرارٌ به ، فَأُشْبِهَ ما لو أَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَ بَعْضِ الشَّقْصِ . وقال مالك : تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فِيهِمَا ؛ لذلك . ولنا ، أَنَّ السَّيْفَ لا شُّفْعَةَ فِيهِ ، ولا هو تابعٌ لما فيه الشُّفْعَةُ ، فلم يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ ، كما لو أفرَدَهُ ، وما يَلْحَقُ الْمُشْتَرِي مِنَ الضَّرَرِ فَهُوَ الْحَقُّ بِنَفْسِهِ ، بِجَمْعِهِ فِي الْعَقْدَيْنِ ما تَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وما لا تَثْبُتُ ، ولأنَّ في أَخْذِ الْكُلِّ ضَرَرًا بِالْمُشْتَرِي أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَ غَرَضُهُ فِي إِبْقَاءِ السَّيْفِ لَهُ ، ففِي أَخْذِهِ مِنْهُ إضرارٌ به من غير سَبَبٍ يَقْتَضِيهِ .

فصل : وإذا باع شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ ، صَفَقَةً وَاحِدَةً ، لِرَجُلٍ وَاحِدٍ ، وَالشَّرِيكَ فِي أَحَدِهِمَا غَيْرَ الشَّرِيكَ فِي الْآخَرِ ، فَلَهُمَا أَنْ يَأْخُذَا وَيَقْتَسِمَا الثَّمَنَ عَلَى قَدَرِ الْقِيَمَتَيْنِ . وَإِنْ أَخَذَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، جَازَ ، وَيَأْخُذُ الشَّقْصُ ^(١٨) الَّذِي فِي شَرِكْتِهِ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنَّهُ لا شُّفْعَةَ لَهُ ، كَالْمَسْأَلَةِ الَّتِي ^(١٨) قَبَلَهَا . وَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُمَا مَعًا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لا شَرِكَ لَهُ ^(١٨) فِيهِ ، ولا هو تابعٌ لما فيه الشُّفْعَةُ ، فَجَرَى مَجْرَى الشَّقْصِ وَالسَّيْفِ . وَإِنْ كَانَ الشَّرِيكَ فِيهِمَا وَاحِدًا ، فَلَهُ أَخْذُهُمَا وَتَرْكُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ فِيهِمَا . وَإِنْ أَحَبَّ أَخْذَ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَهَذَا مِنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لا يَمْلِكُ ذَلِكَ ، وَمَتَى اخْتَارَهُ سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ أَخْذُ ^(١٩) الْمَبِيعِ كُلَّهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ أَخْذَ ^(١٩) بَعْضِهِ ، كما لو كان شِقْصًا وَاحِدًا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبَبٍ غَيْرِ الْآخَرِ ، فَجَرَى مَجْرَى الشَّرِيكَيْنِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ جَرَى مَجْرَى الشَّقْصِ الْوَاحِدِ لَوَجِبَ — إِذَا كَانَا شَرِيكَيْنِ / فَتَرَكَ أَحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ — أَنْ يَكُونَ لِلْآخَرِ أَخْذُ الْكُلِّ ، وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ .

٤٦/٥ و

فصل : ولا يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ مَنْ لا يَقْدِرُ عَلَى الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ فِي أَخْذِهِ بَدُونِ دَفْعِ الثَّمَنِ

(١٨) سقط من : ب .

(١٩) سقط من الأصل . نقلة نظر .

إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرِي ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ . فَإِنْ أَحْضَرَ رَهْنًا أَوْ ضَمِينًا ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُشْتَرِي قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ فِي تَأْخِيرِ الثَّمَنِ ضَرَرًا ، فَلَمْ يَلْزَمْ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ تَأْخِيرَ ثَمَنِ حَالٍ . فَإِنْ بَدَلَ عَوَضًا عَنِ الثَّمَنِ لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ؛ وَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهَا ^(٢٠) . وَإِذَا أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُشْتَرِي تَسْلِيمُ الشُّقْصِ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ ، فَإِنْ كَانَ مَوْجُودًا سَلَّمَهُ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ فِي الْحَالِ ، فَقَالَ ^(٢١) أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ : يَنْظُرُ الشَّفِيعُ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ، بِقَدْرِ مَا يَرَى الْحَاكِمُ ، وَإِذَا كَانَ أَكْثَرَ فَلَا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَنْظُرُ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّهَا آخِرُ حَدِّ الْقَلَةِ ، فَإِنْ أَحْضَرَ الثَّمَنَ ، وَالْأَفْسَخَ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ : لَا يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَلَا يَقْضِي الْقَاضِي بِهَا حَتَّى يُحْضِرَ الثَّمَنَ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشُّقْصَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي ، فَلَا يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ إِلَّا بِإِحْضَارِ ^(٢٢) عَوَضِهِ ، كَتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَمَلَّكَ لِلْمَبِيعِ ^(٢٣) بِعَوَضٍ ، فَلَا يَقِفُ عَلَى إِحْضَارِ الْعَوَضِ ، كَالْبَيْعِ ، وَأَمَّا التَّسْلِيمُ فِي الْبَيْعِ ، فَالتَّسْلِيمُ فِي الشُّفْعَةِ مِثْلُهُ ، وَكَوْنُ ^(٢٤) الْأَخْذِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي يَدُلُّ عَلَى قُوَّتِهِ ، فَلَا يَمْنَعُ مِنْ اعْتِبَارِهِ فِي الصَّحَّةِ ، فَإِذَا أَجْلَنَاهُ مُدَّةً ، فَأَحْضَرَ الثَّمَنَ فِيهَا ، وَالْأَفْسَخَ الْحَاكِمُ الْأَخْذَ وَرَدَّهُ إِلَى الْمُشْتَرِي . وَهَكَذَا لَوْ هَرَبَ الشَّفِيعُ بَعْدَ الْأَخْذِ . وَالْأَوَّلَى أَنَّ لِلْمُشْتَرِي الْفَسْخَ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ شَرْطُ الْأَخْذِ ، وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَى الْبَائِعِ الْوُصُولُ إِلَى الثَّمَنِ ، فَمَلَّكَ الْفَسْخَ ، كَغَيْرِ مَنْ أُخِذَتِ الشُّفْعَةُ مِنْهُ ، وَكَأَلَوْ أَفْلَسَ الشَّفِيعُ ، وَلِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ لَا يَقِفُ عَلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ ، فَلَا يَقِفُ فَسْخُ الْأَخْذِ بِهَا عَلَى الْحَاكِمِ ، كَفَسْخِ غَيْرِهَا مِنَ الْبُيُوعِ ، وَكَالرَّدِّ بِالْغَيْبِ ، وَلِأَنَّ وَقْفَ ذَلِكَ عَلَى الْحَاكِمِ يُقْضَى إِلَى الضَّرَرِ بِالْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ إِثْبَاتُ مَا يَدَّعِيهِ ، وَقَدْ يَصْنَعُ عَلَيْهِ حُضُورُ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ لِبُعْدِهِ ، أَوْ

(٢٠) فِي ب : : عَلَى قَبُولِهَا .

(٢١) فِي ب ، م : : قَالَ .

(٢٢) فِي الْأَصْل ، م : : لِإِحْضَارِ .

(٢٣) فِي الْأَصْل : : الْمَبِيعِ .

(٢٤) فِي الْأَصْل : : وَيَكُونُ .

غير ذلك ، فلا يُشترع فيها^(٢٥) ما يُفْضَى إلى الضَّرَر ، ولأنَّه لو وَقَفَ الأمرُ على الحاكم ، لم يَمْلِكِ الأخذَ إلا بعدَ إحصارِ الثمن ، لئلا يُفْضَى إلى هذا الضَّرَر . وإن أَفْلَسَ الشَّيْخُ ، خُيِّرَ المُشْتَرِي بين الفسخِ وبين أن يضْرِبَ مع الغرماءِ بالثمن ، كالبائعِ إذا أَفْلَسَ المُشْتَرِي .

فصل : ^(٢٦) لا يَحِلُّ ^(٢٧) الاحتِيالُ لإسقاطِ الشُّفْعَةِ ، وإن فَعَلَ لم تَسْقُطْ . قال أحمدُ ، في رواية إسماعيلَ بن سَعِيدٍ ، وقد سَأَلَهُ ^(٢٨) عن الحِيلَةِ في إبطالِ الشُّفْعَةِ ، فقال : لا / يجوزُ شيءٌ من الحِيلِ في ذلك ، ولا في إبطالِ حَقِّ مُسْلِمٍ . وهذا قال أبو أيُّوبَ ، وأبو خَيْثَمَةَ ، وابنُ أبي شَيْبَةَ ، وأبو إسحاقَ الجوزْجَانِيُّ . وقال عبدُ الله بن عمرَ : من يَخْدَعِ اللهَ يَخْدَعُهُ . وقال أيُّوبُ السَّخِّييَانِيُّ : إنَّهُم لِيُخَادِعُونَ اللهَ كما يُخَادِعُونَ صَبِيًّا ، لو كانوا يَأْتُونَ الأمرَ على وَجْهِهِ ، كان أسْهَلُ عَلَى . ومعنى الحِيلَةِ أن يُظْهِرُوا في البَيْعِ شيئاً لا يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ معه ، ويتواطَئُونَ في الباطنِ على خِلَافِهِ ، مثل أن يَشْتَرِيَ شِقْصاً يُساوِي عَشْرَةَ دَنَانِيرَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ، ثم يَقْضِيهِ عنها عَشْرَةَ دَنَانِيرَ ، أو يَشْتَرِيهِ بمائةِ دِينَارٍ ، وَيَقْضِيهِ عنها مائةِ دِرْهَمٍ ، أو يَشْتَرِيَ البائعُ من المُشْتَرِي عَبْدًا قِيمَتُهُ مائةُ أَلْفٍ في ذِمَّتِهِ ، ثم يَبِيعُهُ الشَّقْصَ بِالْأَلْفِ ، أو يَشْتَرِيَ شِقْصاً بِأَلْفٍ ، ثم يُبْرِئُهُ البائعُ من تَسْعِمائَةٍ ، أو يَشْتَرِيَ جُزْءاً من الشَّقْصِ بمائةٍ ، ثم يَهْبُ لَهُ البائعُ باقية ، أو يَهْبُ الشَّقْصَ لِلْمُشْتَرِي ، وَيَهْبُ المُشْتَرِي لَهُ الثمنَ ، أو يُعَقِّدَ البَيْعَ بِثَمَنٍ مَجْهُولِ المِقْدَارِ ، كحَفْنَةِ قُرَاضَةٍ ، أو جَوْهَرَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، أو سِلْعَةٍ مُعَيَّنَةٍ ^(٢٩) غيرَ مَوْصُوفَةٍ ، أو بمائةِ دِرْهَمٍ وَلَوْلُوهُ ^(٣٠) ، وأشباهِ هذا . فهذا

(٢٥) في الأصل : فيها .

(٢٦-٢٧) في الأصل : ولا يصح .

(٢٧) في ب ، م : سألته .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) في الأصل : ولؤلؤ .

كله إذا وقع من غير تحيل^(٣٠) سقطت الشفعة^(٣١). وإن تحيلاً به^(٣٢) على إسقاط الشفعة ، لم تسقط ، وتأخذ الشفع الشقص في الصورة^(٣٣) الأولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم . وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً^(٣٤) . وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع . وفي الرابعة بالباقي بعد الإبراء ، وهو المائة المقبوضة . وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ، ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن ؛ لأنه إنما وهبه بقيته^(٣٥) الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشتري به جزءاً من الشقص . وفي السادسة يأخذ بالثمن^(٣٦) المؤهوب . وفي سائر الصور المجهول^(٣٧) ثمنها يأخذه بمثل الثمن ، أو بقيته إن لم يكن مثلياً^(٣٨) ، إذا كان الثمن موحوداً ، وإن لم يوجد عينه ، دفع إليه قيمة الشقص ؛ لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها . وقال أصحاب الرأي ، والشافعي ، يجوز ذلك كله ، وتسقط به الشفعة ؛ لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به ، فلم يجز ، كالم لم يكن حيلة . ولنا ، قول النبي ﷺ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، وَلَا^(٣٩) يَأْمَنُ أَنْ يَسْبِقَ ، فَلَيْسَ بِقِمَارٍ ، وَإِنْ^(٤٠) أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ ، فَهُوَ قِمَارٌ » . رواه أبو داود وغيره^(٤١) ، فجعل إدخال الفرس المحلل قماراً ، في الموضع الذي

(٣٠) في الأصل : « تحيل » .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) في الأصل : « الشفعة » .

(٣٣) في ب : « من الذهب » .

(٣٤) في الأصل : « الثمن » .

(٣٥) في الأصل : « بالمجهول » .

(٣٦) في ب ، م : « مثلها » .

(٣٧) في ب ، م : « ولم » وفي سنن أبي داود : « وهو لا يؤمن » .

(٣٨) في : « ومن » .

(٣٩) أخرجه أبو داود ، في : باب في المحلل ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢ / ٢٨ ، ٢٩ . وابن ماجه ، في : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٦٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٥٠٥ . وهذا لفظ ابن ماجه .

يَقْصِدُ بِهِ إِبَاحَةَ إِخْرَاجِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَسَابِقِينَ جَعْلًا / ، مع عَدَمِ مَعْنَى الْمُحَلِّ فِيهِ ، ٥ / ٤٧ و^١ وهو كونه بحالٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَأْخُذَ سَبْقِيَهُمَا ، وهذا يُدُلُّ عَلَى إِبْطَالِ كُلِّ حِيلَةٍ لَمْ يَقْصِدْ بِهَا إِلَّا إِبَاحَةَ الْمُحَرَّمِ . مع عَدَمِ الْمَعْنَى فِيهَا . وَاسْتَدَلَّ أَصْحَابُنَا بِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا تَرْكَبُوا مَا ارْتَكَبَتِ الْيَهُودُ ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحَارِمَ اللَّهِ بِأَذْنَى الْحَيْلِ » (٤٠) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ ، إِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا » (٤١) جَمَلُوهُ ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وَكَلُّوا ثَمَنَهُ . « مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ » (٤٢) . وَلَئِنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَمَّ الْمُخَادِعِينَ لَهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يُخَدِّعُونَ اللَّهَ وَلِلَّذِينَ ءَامَنُوا وَمَا يُخَدِّعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ ﴾ (٤٣) . وَالْحَيْلُ مُخَادَعَةٌ ، وَقَدْ مَسَخَ اللَّهُ تَعَالَى الَّذِينَ اعْتَدَوْا فِي السَّبْتِ قِرْدَةً بِحِيلَتِهِمْ ، فَإِنَّهُ رَوَى أَنَّهُمْ كَانُوا يَنْصِبُونَ شَيْبَا كُهُمْ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَخْفِرُ جَبَابًا ، وَيُرْسِلُ الْمَاءَ إِلَيْهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، فَإِذَا جَاءَتِ (٤٤) الْحِثَانُ يَوْمَ السَّبْتِ ، وَقَعَتْ فِي الشَّيْبَاكِ وَالْجَبَابِ ، فَيَدْعُونَهَا إِلَى لَيْلَةِ الْأَحَدِ ، فَيَأْخُذُونَهَا ، وَيَقُولُونَ : مَا اصْطَدْنَا يَوْمَ السَّبْتِ شَيْئًا ، فَمَسَحَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى بِحِيلِهِمْ (٤٥) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِمَا

(٤٠) ذكره الحافظ ابن كثير في تفسير سورة الأعراف آية ١٦٣ . تفسير ابن كثير ٣ / ٤٩٢ . وانظر إرواء الغليل ٥ / ٣٧٥ .

(٤١) في الأصل : « الشحوم » .
(٤٢) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٢١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع وذكه ، من كتاب البيوع ، وفي : باب قوله وعلى الذين هادوا حرمنا ، من تفسير سورة الأنعام ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ٣ / ١٠٧ ، ٦ / ٧٢ . والنسائي ، في : باب النهي عن الانتفاع بشحوم الميتة ، وباب النهي عن الانتفاع بما حرم الله عز وجل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ١٥٦ ، ١٥٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، في : باب التجارة في الخمر ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٣٢ ، ١١٢٢ . والدارمي ، في : باب النهي عن الخمر وشرائها ، من كتاب الأشربة . سنن الدارمي ٢ / ١١٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٥ ، ٢٤٧ ، ٢٩٣ ، ٣٢٢ ، ٢ / ١١٧ ، ٣٦٢ ، ٣ / ٣٧٠ ، ٤ / ٢٢٧ .

(٤٣) سورة البقرة ٩ .

(٤٤) في الأصل : « كان » .

(٤٥) في ب ، م : « بحيلتهم » .

بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلَفَهَا وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ ﴿٤٦﴾ . قيل : يَعْنِي بِهِ أُمَّةٌ مُحَمَّدٍ ﷺ . أَيْ
لِتَنْتَعِظَ بِذَلِكَ أُمَّةُ مُحَمَّدٍ ﷺ ، فَيَجْتَنِبُوا مِثْلَ مَا فَعَلَ الْمُعْتَدُونَ . وَلِأَنَّ الْحِيلَةَ حَدِيدَةً ، وَقَدْ
قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَحِلُّ الْحَدِيدَةُ لِمُسْلِمٍ » (٤٧) . وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ وَضِعَتْ لِذَفْعِ
الضَّرَرِ ، فَلَوْ سَقَطَتْ بِالتَّحْيِيلِ ، لَلَحِقَ الضَّرَرُ ، فَلَمْ تَسْقُطْ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَهَا
الْمُشْتَرِي (٤٨) . بِالْبَيْعِ وَالْوَقْفِ . وَفَارَقَ مَا لَمْ يُقْصَدَ بِهِ التَّحْيِيلُ ، لِأَنَّهُ لَا خِدَاعَ فِيهِ ، وَلَا
قُصْدَ بِهِ إِبْطَالِ حَقِّ ، وَالْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ . فَإِنْ اخْتَلَفَا هَلْ وَقَعَ شَيْءٌ مِنْ هَذَا حِيلَةً ، أَوْ
لَا ؟ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ بَيِّنَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِنِيَّتِهِ وَحَالِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعَرَرَ فِي
الصُّورَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِشِرَائِهِ مَا يُسَاوِي عَشْرَةَ مِائَةٍ ، وَمَا يُسَاوِي مِائَةَ دِرْهَمٍ
بِمِائَةِ دِينَارٍ ، وَأَشْهَدُ عَلَى نَفْسِهِ أَنَّ عَلَيْهِ أَلْفًا ، فَرُبَّمَا طَالَ بِهِ ذَلِكَ ، فَلَزِمَهُ (٤٩) ، فِي ظَاهِرِ
الْحُكْمِ . وَفِي الثَّلَاثَةِ الْعَرَرُ (٥٠) عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي مِائَةَ بَالْفِ . وَفِي
الرَّابِعَةِ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى شِقْصًا قِيمَتُهُ مِائَةُ بَالْفِ . وَكَذَلِكَ فِي الْخَامِسَةِ ؛ لِأَنَّهُ
اشْتَرَى بَعْضَ الشَّقْصِ بِثَمَنِ جَمِيعِهِ . وَفِي السَّادِسَةِ عَلَى الْبَادِي مِنْهُمَا بِالْهَيْتَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا
يَهْبُ لَهُ الْآخَرُ شَيْئًا ، فَإِنْ خَالَفَ أَحَدُهُمَا مَا (٥١) تَوَاطَا عَلَيْهِ ، فَطَالَ بِصَاحِبِهِ بِمَا
أَظْهَرَاهُ (٥٢) ، لَزِمَهُ / ، فِي ظَاهِرِ الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ الْبَيْعَ مَعَ صَاحِبِهِ بِذَلِكَ مُخْتَارًا ، فَأَمَّا
فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يَجِلُّ لِمَنْ عَرَّ صَاحِبَهُ الْأَخْذُ بِخِلَافِ مَا تَوَاطَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ
صَاحِبَهُ إِنَّمَا رَضِيَ بِالْعَقْدِ لِلتَّوَاطُؤِ ، فَمَعَ قَوَاتِهِ لَا يَتَحَقَّقُ الرِّضَى بِهِ .

ظ ٤٧/٥

(٤٦) سورة البقرة ٦٦ .

(٤٧) انظر ما تقدم في : ٦ / ٢١٦ .

(٤٨) في ب زيادة : عنه .

(٤٩) في م : فلزمته .

(٥٠) في الأصل ، ب : الضرر .

(٥١) في م زيادة : لو .

(٥٢) في الأصل : أظهر له .

٨٧٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ ، فَأَقُولُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي ^(١) مَعَ يَمِينِهِ ^(٢) ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ)

وَجُمَلَتْهُ أَنَّ الشَّفِيعَ وَالْمُشْتَرِيَّ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ ، فَقَالَ الْمُشْتَرِي : اشْتَرَيْتُهُ بِمَائَةٍ .
فَقَالَ الشَّفِيعُ : بَلْ بِخَمْسِينَ . فَأَقُولُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ الْعَاقِدُ ، فَهُوَ أَعْرَفُ
بِالثَّمَنِ ، وَلِأَنَّ الشَّقْصَ مِلْكُهُ ، فَلَا يَنْزَعُ ^(٣) مِنْ يَدِهِ ^(٢) بِالْدَّعْوَى بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ . وَهَذَا قَالَ
الشَّافِعِيُّ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا قُلْتُمْ ^(٣) : الْقَوْلُ قَوْلَ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ وَمُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ ، فَهُوَ
كَالغَاصِبِ وَالْمُتْلِفِ وَالضَّامِنِ لِتَصْيِبِ شَرِيكِهِ إِذَا أُعْتِقَ ؟ قُلْنَا : الشَّفِيعُ لَيْسَ بِغَارِمٍ ؛
لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يُرِيدُ أَنْ يَمْلِكَ الشَّقْصَ بِثَمَنِهِ ، بِخِلَافِ الْغَاصِبِ وَالْمُتْلِفِ
وَالْمُعْتِقِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ
بِهَا ، وَاسْتُغْنِيَ عَنْ يَمِينِهِ ، وَبُيِّنَتْ ذَلِكَ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، وَشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَلَا
تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا شَهِدَ لِلشَّفِيعِ كَانَ مُتَّهَمًا ، لِأَنَّهُ يَطْلُبُ تَقْلِيلَ الثَّمَنِ خَوْفًا مِنْ
الدَّرَكِ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، اخْتَمَلَ تَعَارُضُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَنَازَعَانِ فِيمَا
وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، فَيَصِيرَانِ كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ .
وَيَقْتَضِيهِ مَذْهَبُ الْخَرَقِيِّ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ عِنْدَهُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وَالشَّفِيعُ هُوَ
الْخَارِجُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ صَاحِبَاهُ : الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُمَا تَتَرَجَّعُ
بِقَوْلِ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى قَوْلِ الشَّفِيعِ ، وَيُخَالِفُ الْخَارِجَ وَالْدَّاخِلَ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ
الدَّاخِلِ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُسْتَنَدَةً إِلَى يَدِهِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الْبَيِّنَةُ تُشْهَدُ عَلَى نَفْسِ الْعَقْدِ ،
كَشَهَادَةِ بَيِّنَةِ الشَّفِيعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا يَتَنَازَعَانِ تَعَارُضًا ، فَقَدِمَتْ بَيِّنَةُ مَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عِنْدَ
عَدَمِهَا ، كَالدَّاخِلِ وَالْخَارِجِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَنَازَعَانِ فِي الْعَقْدِ ، وَلَا
يَدُ لَهُمَا عَلَيْهِ ، فَصَارَا كَالْمُتَنَازِعِينَ عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا .

(١-١) سقط من : الأصل ، م .

(٢-٢) في الأصل ، ب ، منه .

(٣) في الأصل نداء : إن .

فصل : وإن قال المشتري : لا أعلم مبلغ الثمن . فالقول قوله ؛ لأن ما يدعيه ممكن ، لجواز أن يكون اشتراؤه جزافاً^(٤) ، أو بثمن نسي مبلغه ، ويحلف ، فإذا حلف سقطت الشفعة ؛ لأنها لا تستحق بغير بذل ، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه . فإن ادعى / أنك فعلت ذلك تحيلاً على إسقاط الشفعة ، فعليه اليمين على نفي ذلك . ٤٨/٩ و

فصل : وإن اشترى شقصاً بعرض ، واختلفا في قيمته ، فإن كان موجوداً عرضاًه على المومنين ، وإن تعدد إحصاءه^(٥) ، فالقول قول المشتري ، كما لو اختلفا في قدر الثمن . وإن ادعى جهل قيمته ، فهو على ما ذكرنا فيما إذا ادعى جهل ثمنه . وإن اختلفا في الغراس والبناء في الشقص ، فقال المشتري^(٦) : أنا أخذته^(٧) . وأنكر الشفيع ، فالقول قول المشتري ، لأنه ملكه ، والشفيع يريد تملكه عليه ،^(٨) فكان القول^(٩) قول المالك .

فصل : إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك^(١) ، فلي أخذه بالشفعة ، فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه ، فيحدد المكان الذي فيه الشقص ، ويذكر قدر الشقص والثمن ، ويدعي الشفعة فيه ، فإذا فعل ذلك ، سئل المدعى عليه ، فإن أقر ، لزمه ، وإن أنكّر ، وقال : إنما اتهمته أو ورثته ، فلا شفعة لك فيه . فالقول قول من ينفيه ، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فإن حلف برىء ، وإن نكل قضى عليه . وإن قال : لا تستحق علي شفعة . فالقول قوله مع يمينه ، ويكون يمينه على حسب قوله في الإنكار . وإذا نكل ، وقضى عليه بالشفعة ، عرض عليه الثمن . فإن

(٤) في الأصل زيادة : « له » .

(٥) في الأصل : « اختياره » .

(٦) سقط من : ب .

(٧) في ب ، م : « حدثه » .

(٨-٨) في م : « فالقول » .

(٩) في الأصل : « نصيبه » .

أَخَذَهُ دَفَعَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ قَالَ : لَا أَسْتَحِقُّهُ . ففِيهِ ثَلَاثَةُ أَجْزَاءٍ ؛ أَحَدُهَا ، يُقَرَّرُ فِي يَدِ الشَّفِيعِ إِلَى أَنْ يَدَّعِيَهُ الْمُشْتَرِي ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَهُ بِدَارٍ فَأَنْكَرَهَا . وَالثَّانِي : أَنْ ^(١٠) يَأْخُذَهُ الْحَاكِمُ ، فَيَحْفَظُهُ لِصَاحِبِهِ إِلَى أَنْ يَدَّعِيَهُ الْمُشْتَرِي ، وَهِيَ ادِّعَاؤُهُ دَفَعَ إِلَيْهِ . وَالثَّالِثُ ، يُقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِيَءَ مِنْهُ ، كَسَيِّدِ الْمُكَاتِبِ إِذَا جَاءَهُ الْمُكَاتِبُ بِمَالِ الْمُكَاتِبَةِ ^(١١) ، فَادَّعَى أَنَّهُ حَرَامٌ . اخْتَارَ هَذَا الْقَاضِي . وَهَذَا ^(١٢) مُفَارِقٌ لِلْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ يُطَالِبُهُ بِالْوَفَاءِ مِنْ غَيْرِ هَذَا الَّذِي أَتَاهُ بِهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ بِمُجَرَّدِ دَعْوَى سَيِّدِهِ تَحْرِيمَ مَا أَتَاهُ بِهِ ، وَهَذَا لَا يُطَالِبُ ^(١٣) الشَّفِيعَ بِشَيْءٍ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُكَلَّفَ الْإِبْرَاءَ ^(١٤) مِمَّا لَا يَدَّعِيهِ . وَالرَّجْعَةُ الْأَوَّلُ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتُهُ لِفُلَانٍ . وَكَانَ حَاضِرًا ، اسْتَدْعَاهُ الْحَاكِمُ ، وَسَأَلَهُ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ ، كَانَ الشَّرَاءُ لَهُ ، وَالشُّفْعَةُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ قَالَ : هَذَا مِلْكِي ، وَلَمْ أَشْتَرِهِ . انْتَقَلَتْ الْخُصُومَةُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، حَكَمَ بِالشَّرَاءِ لِمَنْ اشْتَرَاهُ ، وَأَخَذَ مِنْهُ بِالشُّفْعَةِ . وَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُ غَائِبًا ، أَخَذَهُ الْحَاكِمُ ، وَدَفَعَهُ إِلَى الشَّفِيعِ ، وَكَانَ الْغَائِبُ عَلَى حُجَّتِهِ إِذَا قَدِمَ ؛ لِأَنَّهُمَا وَقَفْنَا الْأَمْرَ فِي الشُّفْعَةِ إِلَى حُضُورِ الْمُقَرَّرِ ، لَكَانَ / فِي ذَلِكَ إسْقَاطُ الشُّفْعَةِ ، لِأَنَّ كُلَّ مُشْتَرٍ يَدَّعِي أَنَّهُ لَغَائِبٍ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتُهُ لِابْنِي الطِّفْلِ . أَوْ لِهَذَا الطِّفْلِ . وَلَهُ عَلَيْهِ وَلَايَةٌ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَبَتَ لِلطِّفْلِ ، وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِ الْوَلِيِّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِجَابٌ حَقٌّ ^(١٥) فِي مَالِ صَغِيرٍ ، بِإِقْرَارِ وَلِيِّهِ . الثَّانِي ، تَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الشَّرَاءَ لَهُ ، فَصَحَّ إِقْرَارُهُ فِيهِ ، كَمَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِعَيْبٍ فِي مَبِيعَةٍ . فَأَمَّا إِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ شُّفْعَةً فِي شَيْءٍ ، فَقَالَ : هَذَا لِفُلَانٍ الْغَائِبِ . أَوْ لِفُلَانِ الطِّفْلِ . ثُمَّ أَقَرَّ

٤٨/٥ ظ

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فِي الْأَصْلِ ، ب : « الْكِتَابَةُ » .

(١٢) فِي ب : « وَهُوَ » .

(١٣) فِي م : « يَطْلُبُ » .

(١٤) فِي م : « إِبْرَاءٌ » .

(١٥) سقط من : الْأَصْل .

بشراؤه له^(١٦) ، لم تثبت فيه الشفعة ، إلا أن تثبت بيّنة ، أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل ، فيطالبهما بها ؛ لأن الملك يثبت لهما بإقراره به ، فأقرّاه بالشراء بعد ذلك إقراراً في ملك غيره ، فلا يقبل ، بخلاف ما إذا أقرّ بالشراء ابتداءً ؛ لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقرار المثبت للشفعة ، فتبتا جميعاً . وإن لم يذكر سبب الملك ، لم يسأله الحاكم عنه ، ولم يطالب^(١٧) بيّانه ؛ لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة ، فلا فائدة في الكشف عنه . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله^(١٨) كمذهبنا .

فصل : وإذا كانت دار بين حاضرين وغائب ، فادّعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه ، وأنه يستحقه بالشفعة ، فصدقه ، فللشفيع أخذه بالشفعة ؛ لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده . وهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه . ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان ؛ أحدهما ، ليس له أخذه ؛ لأن هذا إقرار على غيره . ولنا ، أنه أقرّ بما في يده ، فقبل إقراره ، كما لو أقرّ بأصل ملكه ، وهكذا ادّعى عليه أنك بعت نصيب الغائب بإذنه ، وأقرّ له الوكيل ، كان كإقرار البائع بالبيع . فإذا قدم الغائب فأنكر البيع . أو الإذن في البيع ، فالقول قوله مع يمينه ، وينتزع الشقص ، ويطلب بأجره من شاء منهما ، ويستقر الضمان على الشفيع ؛ لأن المنافع تلتفت تحت يده ، فإن طالب الوكيل ، رجع على الشفيع ، وإن طالب الشفيع ، لم يرجع على أحد . وإن ادّعى على الوكيل ، أنك اشتريت الشقص الذي في يدك . فأنكر ، وقال : إنما أنا وكيل فيه ، أو مستودع له . فالقول قوله مع يمينه ، فإن كان للمدعى بيّنة ، حكيم بها . وهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب ؛ لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه ، واستحقاق انتزاع

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في ب : . يطالبه ، .

(١٨) سقط من : الأصل .

الشفقص من يده ، وحصل القضاء / على الغائب ضمنا . فإن لم تكن بينة ، وطالب^(١٩) الشفيع يمينه ، فتكَلَّ عنها ، احتمَل أن يقضى عليه ؛ لأنه لو أقر لقضى عليه ، فكذلك إذا تكَلَّ . واحتمَل أن لا يقضى عليه ؛ لأنه قضاء على الغائب بغير بينة ، ولا إقرار من^(٢٠) الشفقص في يده .

فصل : وإذا ادَّعى على رجل شفعة في شقص اشتراه ، فقال : ليس له ملك في شريكتي . فعلى الشفيع إقامة البينة أنه شريك . وبه قال أبو حنيفة ، ومحمد ، والشافعي . وقال أبو يوسف : إذا كان في يده ، استحق به الشفعة لذلك ؛ لأن الظاهر من اليد الملك . ولنا ، أن الملك لا يثبت بمجرد اليد ، وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة ، لم يثبت ، ومجرد الظاهر لا يكفي ، كالوادعي ولدائمة في يده . فإن ادَّعى أن المشتري^(٢١) يعلم أنه شريك ، فعلى المشتري يمين أنه لا يعلم ذلك ؛ لأنها يمين على نفي فعل الغير ، فكانت^(٢٢) على العلم ، كاليمين على نفي دين الميت . فإذا حلف ، سقطت دعواه ، وإن تكَلَّ ، قضى عليه .

فصل : إذا ادَّعى على شريكه ، أنك اشتريت نصيبك من عمرو ، فلي شفعته . فصده عمرو ، فأنكر الشريك ، وقال : بل ورثته من أبي . فأقام المدعي بينة أنه كان ملك عمرو ، لم يثبت الشفعة بذلك . وقال محمد : ثبت ، ويقال له : إما أن تدفعه وتأخذ الثمن ، وإما أن تردّه إلى^(٢٣) البائع ، فيأخذه الشفيع منه^(٢٤) ؛ لأنهما شهدا بالملك لعمرو ، فكانهما شهدا بالبائع . ولنا ، أنهما لم يشهدا بالبائع ، وإقرار عمرو على

(١٩) في الأصل : « وطلب » .

(٢٠) في ب : « ممن » .

(٢١) في الأصل ، م : « المدعي » .

(٢٢) في م : « فكان » .

(٢٣) في ب : « على » .

(٢٤) في م : « منها » .

المُنْكَرِ بِالْبَيْعِ لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى غَيْرِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ فِي حَقِّهِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَتْ الشُّفْعَةُ مِنْ حُقُوقِ الْعَقْدِ ، فَيُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ الْبَائِعِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ حَلَفَ أَنِّي مَا اشْتَرَيْتُ الدَّارَ ، فَقَالَ مَنْ كَانَتْ الدَّارُ مِلْكًا لَهُ : أَنَا بَعْتُهُ إِنِّيَاهَا . لَمْ يُقْبَلْ عَلَيْهِ فِي الْحِنْثِ ، وَلَا يَلْزَمُ إِذَا أَقَرَّ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ ، وَالشَّقْصُ فِي يَدِهِ فَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِي الشَّرَاءَ ؛ لِأَنَّ الَّذِي فِي يَدِهِ الدَّارُ مُقَرَّرٌ بِهَا لِلشَّفِيعِ ، وَلَا مُنَازَعٌ لَهُ فِيهَا سِوَاهُ ، وَهَلْهُنَا مِنَ الدَّارِ فِي يَدِهِ يَدْعِيهَا لِنَفْسِهِ ، وَالْمُقَرَّرُ بِالْبَيْعِ لَا شَيْءَ فِي يَدِهِ ، وَلَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِ الشَّقْصِ ، فَافْتَرَقَا .

فصل : وإذا كانت دارٌ بين رجلين ، فادَّعى كل واحد منهما على صاحبه أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مَا فِي يَدَيْهِ بِالشُّفْعَةِ ، سَأَلْنَاهُمَا : مَتَى مَلَكَتُمَاهَا ؟ فَإِنْ قَالَا : مَلَكَنَاهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً . فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تُثْبِتُ بِمِلْكٍ سَابِقٍ فِي مِلْكٍ مُتَجَدِّدٍ بَعْدَهُ ، وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : مِلْكِي سَابِقٌ . وَلِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ بِمَا ادَّعَاهُ ، قُضِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، قَدَّمْنَا أَسْبَقَهُمَا تَارِيحًا ، وَإِنْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ^(٢٥) كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبْقِ مِلْكِهِ ، وَتَجَدَّدَ مِلْكُ صَاحِبِهِ ، تَعَارَضْنَا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ^(٢٦) لِكُلِّ وَاحِدٍ^(٢٧) مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ نَظَرْنَا إِلَى السَّابِقِ بِالذَّعْوَى ، فَقَدَّمْنَا دَعْوَاهُ ، وَسَأَلْنَا خَصْمَهُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، فَإِنْ حَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْوَى الْأَوَّلِ ، ثُمَّ تُسْمَعُ دَعْوَى الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَحَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْوَاهُمَا جَمِيعًا . وَإِنْ ادَّعى الْأَوَّلُ ، فَتَكَلَّ الثَّانِي عَنِ الْيَمِينِ ، قَضَيْنَا عَلَيْهِ ، وَلَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ خَصْمَهُ قَدْ اسْتَحَقَّ مِلْكَهُ . وَإِنْ حَلَفَ الثَّانِي ، وَتَكَلَّ الْأَوَّلُ ، قَضَيْنَا عَلَيْهِ .

ظ ٤٩/٥

فصل : إذا اختلف المتبايعان في الثمن ، فادَّعى البائع أَنَّ الثَّمَنَ الْفَانِ ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي : هُوَ الْآفُ . فَأَقَامَ الْبَائِعُ بَيِّنَةً أَنَّ الثَّمَنَ الْفَانِ ، أَخَذَهُمَا مِنَ الْمُشْتَرِي . وَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالْآلِفِ^(٢٧) ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي مُقَرَّرٌ لَهُ بِاسْتِحْقَاقِهِ بِالْفِ ، وَيَدْعِي أَنَّ الْبَائِعَ

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦-٢٧) في ب ، م : « لواحد » .

(٢٧) في ب : « بألف » .

ظَلَمَهُ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن حَكَمَ الحَاكِمُ عليه بِالْقَيْنِ ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بهما ؛ لِأَنَّ الحَاكِمَ إِذَا حَكَمَ عليه بِالْبَيِّنَةِ بَطَلَ قَوْلُهُ ، وَثَبَّتْ مَا حَكَمَ بِهِ الحَاكِمُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُشْتَرِيَ مُقَرَّبٌ بِأَنَّ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ كَاذِبَةٌ ، وَأَنَّهُ ظَلَمَهُ بِالْفِ ، فَلَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِهِ ، وَإِنَّمَا حَكَمَ بِهَا لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُكَذِّبُهَا . فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي : صَدَقَتِ الْبَيِّنَةُ ، وَكُنْتُ أَنَا كَاذِبًا أَوْ نَاسِيًا . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ عَنْ إِقْرَارٍ تَعَلَّقَ^(٢٨) بِهِ حَقُّ آدَمِيٍّ غَيْرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقْرَأَ لَهُ بِدَيْنٍ . وَالثَّانِي ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ عِنْدِي ، كَمَا لَوْ أَخْبَرَ فِي الْمُرَابَحَةِ بِثَمَنِ ، ثُمَّ قَالَ : غَلِطْتُ . وَالثَّمَنُ أَكْثَرُ ، قَبْلَ قَوْلِهِ مَعَ يَمِينِهِ ، بَلْ هُنَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ قَدْ^(٢٩) قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِكَذِبِهِ^(٣٠) ، وَحَكَمَ الحَاكِمُ بِخِلَافِ قَوْلِهِ ، فَقَبِلَ رُجُوعَهُ عَنِ الْكَذِبِ . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْبَائِعِ بَيِّنَةٌ ، فَتَحَالَفًا ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ ، وَإِنْ أَرَادَ أَخْذَهُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لِلْبَائِعِ فَسْخَ الْبَيْعِ ، وَأَخْذَهُ بِمَا قَالَ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ ذَلِكَ ، وَلَئِنَّهُ يُفْضَى إِلَى الْإِزَامِ الْعَقْدِ بِمَا حَلَفَ^(٣١) عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي ، وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ . فَإِنْ رَضِيَ الْمُشْتَرِي بِأَخْذِهِ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ ، جَازَ ، وَمَلَكَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ مِنَ الْفَسْخِ قَدْ زَالَ . فَإِنْ عَادَ الْمُشْتَرِي فَصَدَّقَ الْبَائِعَ ، وَقَالَ : الثَّمَنُ الْفَانِ ، وَكُنْتُ غَالِطًا^(٣٢) . فَهَلْ لِلشَّفِيعِ / أَخْذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ .

٥٠/٥

فصل : وَلَوْ اشْتَرَى شِقْصًا لَهُ شَفِيعَانِ ، فَادَّعَى عَلَى أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ أَنَّهُ عَفَا عَنِ الشُّفْعَةِ ، وَشَهِدَ لَهُ بِذَلِكَ الشَّفِيعُ الْآخَرُ ، قَبْلَ عَفْوِهِ عَنْ شَفِيعَتِهِ^(٣٣) ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ ؛

(٢٨) فِي م : « تَعِينَ » .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : « مَا » .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣١) فِي الْأَصْلِ : « عَالِمًا » .

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « شَفِيعَهُ » .

لأنه يَجْرُ إلى نفسه نَفْعًا ، وهو تَوَفُّر الشُّفْعَةِ عليه . فإذا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ ، ثم عَفَا عن الشُّفْعَةِ ، ثم أعَادَ تلك الشَّهَادَةَ ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّهَا رُدَّتْ لِلتُّهْمَةِ ، فلم تُقْبَلْ بعد زَوَالِهَا ، كشَهَادَةِ الْفَاسِقِ إِذَا رُدَّتْ ثُمَّ تَابَ وَأَعَادَهَا ، لم تُقْبَلْ . ولو^(٣٣) لم يَشْهَدْ حَتَّى عَفَا ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِإِدْمِ التُّهْمَةِ ، وَيُحْلِفُ الْمُشْتَرِي مَعَ شَهَادَتِهِ . ولو لم تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَكَبِّرِ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَى عَلَى الشَّفِيعَيْنِ مَعًا ، فَحَلَفَا ، ثَبَّتَتِ الشُّفْعَةُ ، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا ، وَنَكَلَ الْآخَرُ ، نَظَرْنَا فِي الْحَالِيفِ ؛ فَإِنْ صَدَّقَ شَرِيكَه فِي الشُّفْعَةِ فِي أَنَّهُ لَمْ يَعْفُ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى يَمِينٍ ، وَكَانَتِ الشُّفْعَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَتَوَفَّرُ عَلَيْهِ إِذَا سَقَطَتْ شُفْعَةُ شَرِيكَه . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَفَا ، فَتَكَلَّلَ ، قُضِيَ لَهُ بِالشُّفْعَةِ كُلِّهَا . وَسَوَاءٌ وَرَثَا الشُّفْعَةَ أَوْ كَانَا شَرِيكَيْنِ . وَإِنْ شَهِدَ أَجَنَبِيٌّ بِعَفْوِ أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ ، وَاحْتِجَاجُ^(٣٤) إِلَى يَمِينٍ مَعَهُ قَبْلَ عَفْوِ الْآخَرِ ، حَلَفَ ، وَأَخَذَ الْكُلَّ بِالشُّفْعَةِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، حَلَفَ الْمُشْتَرِي ، وَسَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً شَفَعَاءَ ، فَشَهِدَ اثْنَانِ مِنْهُمْ عَلَى الثَّالِثِ بِالْعَفْوِ بَعْدَ عَفْوِهِمَا ، قُبِلَتْ ، وَإِنْ شَهِدَ^(٣٥) ، قُبِلَ ، رُدَّتْ . وَإِنْ شَهِدَا بَعْدَ عَفْوِ أَحَدِهِمَا وَقَبْلَ عَفْوِ الْآخَرِ ، رُدَّتْ شَهَادَةُ غَيْرِ الْعَافِي ، وَقُبِلَتْ شَهَادَةُ الْعَافِي . وَإِنْ شَهِدَ الْبَائِعُ بِعَفْوِ الشَّفِيعِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ عِنْدَهُ . وَالثَّانِي ، لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ^(٣٦) يَكُونَ قَصْدُ ذَلِكَ^(٣٧) لِيَسْهَلَ اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَأْخُذُهُ مِنَ الشَّفِيعِ ، فَيَسْهَلُ عَلَيْهِ وَقَاؤُهُ ، أَوْ يَتَعَدَّرُ عَلَى الْمُشْتَرِي الْوَفَاءُ لِفَلْسِفِهِ^(٣٧) ، فَيَسْتَحِقُّ اسْتِرْجَاعَ الْمَبِيعِ . وَإِنْ شَهِدَ لِمُكَاتِبِهِ بِعَفْوِ شَفِيعِهِ^(٣٨) ، أَوْ شَهِدَ بِشِرَاءِ شَيْءٍ لِمُكَاتِبِهِ فِيهِ شُفْعَةٌ ، لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ب ، م ، : « واحتج » .

(٣٥) في الأصل زيادة : « أنه » .

(٣٦) في ب : « أنه » .

(٣٧) (٣٧-٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) في ب ، م ، : « شفعة » .

المُكَاتِّبَ عَبْدُهُ ، فلا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، كَمُدْبَرِهِ ، ولأنَّ ما يَحْصُلُ للمُكَاتِّبِ يَنْتَفِعُ بِهِ السَّيِّدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ عَجَزَ صَارَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْجِزْ سَهَّلَ عَلَيْهِ الْوَفَاءَ لَهُ . وَإِنْ شَهِدَ عَلَى مُكَاتِّبِهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، قَبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَّهَمٍ ، فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ عَلَى وَلَدِهِ .

٨٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ دَارُ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا ، وَلِلْآخَرِ سُدُسُهَا ، فَبَاعَ أَحَدُهُمْ / ، كَانَتْ الشُّفْعَةُ بَيْنَ النَّفْسَيْنِ عَلَى قَدْرِ سِهَامِهِمَا)

ظ ٥٠/٥

الصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الشُّفْعَ الْمَشْفُوعَ إِذَا أَخَذَهُ الشُّفْعَاءُ ، قُسِمَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ أَمْلاكِهِمْ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَعَطَاءٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَسَوَّارٌ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً ثَانِيَةً ، أَنَّهُ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ . اخْتَارَهَا ابْنُ عَقِيلٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ النَّخَعِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَوْ انْفَرَدَ لَأَسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ ، فَإِذَا اجْتَمَعُوا تَسَاوَوْا ، كَالْبَيْنَيْنِ فِي الْمِيرَاثِ ، وَكَالْمُعْتَقِينَ فِي سِرَايَةِ الْعَتَقِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ يُسْتَفَادُ (بِسَبَبِ الْمِلْكِ^(١)) ، فَكَانَ عَلَى قَدْرِ الْأَمْلاكِ ، كَالْعَلَّةِ ، وَدَلِيلُهُمْ يَنْتَقِضُ بِالْإِبْنِ وَالْأَبِ أَوْ الْجَدِّ ، وَبِالْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ ، وَبِالْفُرْسَانِ (٢) مَعَ الرِّجَالِ (٣) فِي الْعَنِيَمَةِ ، وَأَصْحَابُ الدِّيُونِ وَالْوَصَايَا ، إِذَا نَقَصَ مَالُهُ عَنْ ذَيْنِ أَحَدِهِمْ (٤) ، أَوْ الثُّلُثِ عَنْ وَصِيَّةِ أَحَدِهِمْ . وَفَارَقَ الْأَغْيَانُ ؛ لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ ، وَالْإِثْلَافُ يَسْتَوِي فِيهِ الْقَلِيلُ وَالْكَثِيرُ ، كَالنَّجَاسَةِ تُلْقَى فِي مَائِعٍ . وَأَمَّا الْبَنُونَ ، فَإِنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي التَّسْبِيبِ (٥) ، وَهُوَ الْبُنُوَّةُ ، فَتَسَاوَوْا فِي الْإِرْثِ بِهَا ،

(١-١) فِي ب : بِالْمِلْكِ .

(٢-٢) فِي الْأَصْلِ ، ب : وَالرِّجَالَةُ .

(٣) فِي ب ، م : أَحَدُهُمَا .

(٤) فِي الْأَصْلِ : السَّبَبُ .

فَنَظِيرُهُ فِي مَسْأَلَتِنَا تَسَاوَى الشُّفْعَاءِ فِي سِهَامِهِمْ ، فَعَلِي هَذَا تَنْظُرُ مَخْرَجَ سِهَامِ الشُّرَكَاءِ كُلِّهِمْ ، فَنَأْخُذُ مِنْهَا سِهَامَ الشُّفْعَاءِ ، فَإِذَا عَلِمْتَ عِدَّتَهَا ، قَسَمْتَ السَّهْمَ الْمَشْفُوعَ عَلَيْهَا ، وَيَصِيرُ الْعَقَارُ بَيْنَ الشُّفْعَاءِ عَلَى تِلْكَ الْعِدَّةِ ، كَمَا يُفَعَّلُ فِي مَسَائِلِ الرَّدِّ سِوَاءَ ، فَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ ، مَخْرَجُ سِهَامِ الشُّرَكَاءِ ^(٥) سِتَّةٌ ، فَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ النِّصْفِ ، فِسِهَامُ الشُّفْعَاءِ ثَلَاثَةٌ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ، وَلِلْآخِرِ سَهْمٌ فَالْشُّفْعَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَيَصِيرُ الْعَقَارُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثَلَاثًا ، وَلِلْآخِرِ ثَلَاثًا ، وَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ الثُّلُثِ ، كَانَتْ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ أَرْبَاعًا ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ وَأَرْبَاعُهُ ، وَلِلْآخِرِ رُبْعُهُ ، وَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ السُّدُسِ ، كَانَتْ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ أُخْمَاسًا ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ وَأُخْمَاسُهُ ، وَلِلْآخِرِ خُمُسَاهُ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْآخَرَى ، يُقَسَّمُ الشُّفْعُ الْمَشْفُوعُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ النِّصْفِ ، قُسِمَ النِّصْفُ بَيْنَ شَرِيكَيْهِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ الرُّبْعُ ، فَيَصِيرُ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثٌ وَرُبْعٌ ، وَلِلْآخِرِ رُبْعٌ وَسُدُسٌ ، وَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ الثُّلُثِ ، صَارَ لِصَاحِبِ النِّصْفِ الثُّلَاثَانِ ، وَلِلْآخِرِ الثُّلُثُ ، وَإِنْ بَاعَ صَاحِبُ السُّدُسِ ، فَلِصَاحِبِ ^(٦) النِّصْفِ ثُلُثٌ ^(٦) وَرُبْعٌ ، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ رُبْعٌ وَسُدُسٌ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : / وَلَوْ وَرِثَ أَحْوَانٍ دَارًا ، أَوْ اشْتَرَيَاهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا عَنْ ابْنَيْنِ ^(٧) ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ ، فَالْشُّفْعَةُ بَيْنَ أَخِيهِ وَعَمِّهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالْمُزَنِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ . وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ : إِنَّ أَخَاهُ أَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ؛ لِأَنَّ أَخَاهُ أَخَصُّ ^(٥) بِشَرِكَتِهِ مِنَ الْعَمِّ ، لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي سَبَبِ الْمِلْكِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا شَرِيكَانِ حَالِ ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ ، فَكَانَتْ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ مَلَكَوْا كُلَّهُمْ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ ، وَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ عَلَى شُرَكَائِهِ بِسَبَبِ شَرِكَتِهِ ، وَهَذَا يُوجَدُ

و ٥١/٥

(٥) سقط من : ب .

(٦-٦) في م : « الثلث نصف » .

(٧) في الأصل : « اثنين » .

فِي حَقِّ الْكُلِّ . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا أَصْلَ لَهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ اِغْتِبَارُ الشَّرْعِ لَهُ فِي مَوْضِعٍ ، وَالْاِغْتِبَارُ
 بِالشَّرِكَةِ لَا بِسَبَبِهَا . وَهَلْ تُقَسَّمُ بَيْنَ الْعَمِّ وَابْنِ أَخِيهِ نَصْفَيْنِ ، أَوْ عَلَى قَدَرِ مِلْكَيْهِمَا ؟ عَلَى
 رِوَايَتَيْنِ ^(٨) . وَهَكَذَا لَوْ اشْتَرَى رَجُلٌ نَصْفَ دَارٍ ، ثُمَّ اشْتَرَى ابْنَاهُ نَصْفَهَا الْآخَرَ ، أَوْ
 وَرَثَاهُ ، أَوْ أَثْهَبَاهُ ، أَوْ وَصَلَ إِلَيْهِمَا بِسَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ الْمِلْكِ ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ . أَوْ
 لَوْ وَرَثَ ثَلَاثَةُ دَارًا ، فَبَاعَ أَحَدُهُمْ نَصِيبَهُ مِنْ اثْنَيْنِ ، ثُمَّ بَاعَ أَحَدَ الْمُشْتَرَيْنِ نَصِيبَهُ ،
 فَالْشُّفْعَةُ بَيْنَ جَمِيعِ الشُّرَكَاءِ . وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ رَجُلٌ ، وَخَلَفَ ابْنَتَيْنِ وَأَخْتَيْنِ ، فَبَاعَتْ
 إِحْدَى الْأَخْتَيْنِ نَصِيبَهَا ، أَوْ إِحْدَى الْابْنَتَيْنِ ، فَالْشُّفْعَةُ بَيْنَ جَمِيعِ الشُّرَكَاءِ . وَلَوْ مَاتَ
 رَجُلٌ ، وَخَلَفَ ثَلَاثَةُ بَنِينَ وَأَرْضًا ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنَيْنِ ، فَبَاعَ أَحَدُ الْعَمَمَيْنِ
 نَصِيبَهُ ، فَالْشُّفْعَةُ بَيْنَ أَخِيهِ وَابْنَتِي أَخِيهِ . وَلَوْ خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى بِثُلُثَيْهِ لِابْنَيْنِ ، فَبَاعَ
 أَحَدُ الْوَصِيِّينِ ، أَوْ أَحَدَ الْابْنَيْنِ ، فَالْشُّفْعَةُ بَيْنَ شُرَكَائِهِ كُلِّهِمْ . وَلِمُخَالَفَتِنَا فِي هَذِهِ
 الْمَسَائِلِ اخْتِلَافٌ ^(٩) يَطُولُ ذِكْرُهُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي شَرِيكًا ، فَلِلشُّفْعِ الْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدَرِ نَصِيبِهِ . وَهَذَا
 قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحَكَى عَنْ الْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَابْنِ أَبِي شَلْبَةَ : لَا شُّفْعَةَ
 لِلْآخَرِ ؛ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ ، وَهَذَا شَرِكَتُهُ مُتَقَدِّمَةٌ ، فَلَا ضَرَرَ فِي
 شِرَائِهِ . وَحَكَى ابْنُ الصَّبَّاحِ عَنْ هَؤُلَاءِ ، أَنَّ الشُّفْعَةَ كُلُّهَا لَغَيْرِ الْمُشْتَرِي . وَلَا شَيْءَ
 لِلْمُشْتَرِي فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّهَا عَلَى نَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا تَسَاوَايَا فِي
 الشَّرِكَةِ ، فَتَسَاوَايَا فِي الشُّفْعَةِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أَجْنَبِيٌّ ، بَلِ الْمُشْتَرِي أَوَّلَى ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ
 الشُّقْصَ الْمَشْفُوعَ . وَمَا ذَكَرْنَاهُ لِلْقَوْلِ الْأَوَّلِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَحْصُلُ بِشِرَاءِ هَذَا
 السَّهْمِ الْمَشْفُوعِ ، مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَقَدْ حَصَلَ شِرَاؤُهُ . وَالثَّانِي لَا يَصِحُّ
 أَيْضًا ؛ لِأَنَّا لَا ^(١٠) نَقُولُ إِنَّهُ يَأْخُذُ مِنْ نَفْسِهِ بِالشُّفْعَةِ ، وَإِنَّمَا يَمْنَعُ الشَّرِيكَ أَنْ يَأْخُذَ قَدَرَ

(٨) فِي الْأَصْلِ : « الرِّوَايَتَيْنِ » .

(٩) فِي ب : « خِلَافٌ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : م .

حَقُّهُ / بالشُّفْعَةِ ، فَيُنْقَى عَلَى مِلْكِهِ ، ثُمَّ لَا يَمْنَعُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ ، لِأَجْلِ تَعَلُّقِ حَقِّ^(١١) الْغَيْرِ بِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ الْمَرْهُونَ ، إِذَا جَنَى عَلَى عَبْدٍ آخَرَ لِسَيِّدِهِ ، ثَبَّتَ لِسَيِّدِهِ عَلَى عَيْدِهِ أَرْضُ الْجَنَائَةِ ؛ لِأَجْلِ تَعَلُّقِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بِهِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ رَهْنًا مَا تَعَلَّقَ بِهِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّ لِلشَّرِيكَ^(١٢) الْمُشْتَرِيَ أَخَذَ قَدْرَ نَصِيبِهِ لَا غَيْرُ أَوْ الْعَفْوُ . وَإِنْ قَالَ لَهُ الْمُشْتَرِي : قَدْ اسْقَطْتُ شُفْعَتِي ، فَخَذِ الْكُلَّ ، أَوْ اثْرَكَ . لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَصِحَّ إسْقَاطُ الْمُشْتَرِيَ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ اسْتَقَرَّ عَلَى قَدْرِ حَقِّهِ ، فَجَرَى مَجْرَى الشَّفِيعَيْنِ إِذَا أَخَذَا بِالشُّفْعَةِ ثُمَّ عَفَا أَحَدُهُمَا عَنْ حَقِّهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا حَضَرَ أَحَدُ الشَّفِيعَيْنِ ، فَأَخَذَ جَمِيعَ الشَّقْصِ بِالشُّفْعَةِ ، ثُمَّ حَضَرَ الْآخَرُ ، فَلَهُ أَخَذُ النُّصِيفِ مِنْ ذَلِكَ ، فَإِنْ قَالَ الْأَوَّلُ : خُذِ الْكُلَّ أَوْ دَعْ^(١٣) ، فَإِنِّي قَدْ اسْقَطْتُ شُفْعَتِي . لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . فَإِنْ قِيلَ : هَذَا تَبْعِيضٌ لِلصَّفْقَةِ عَلَى الْمُشْتَرِيَ . قُلْنَا : هَذَا التَّبْعِيضُ اقْتِصَاضُ دُخُولِهِ فِي الْعَقْدِ ، فَصَارَ^(١٤) كَالرُّضَى مِنْهُ بِهِ^(١٥) ، كَمَا قُلْنَا فِي الشَّفِيعِ^(١٥) الْحَاضِرِ إِذَا أَخَذَ جَمِيعَ الشَّقْصِ ، وَكَأَلَوْ اشْتَرَى شِقْصًا وَسِيقًا .

٨٨١ - مسألة : قَالَ : (فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا الْكُلَّ أَوْ يَتَرَكَ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الشَّقْصُ بَيْنَ شُفْعَاءَ ، فَتَرَكَ بَعْضُهُمْ ، فَلَيْسَ لِلْبَاقِينَ إِلَّا أَخَذُ الْجَمِيعِ أَوْ تَرَكَ الْجَمِيعَ ، وَلَيْسَ لَهُمْ أَخَذُ الْبَعْضِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلِأَنَّ فِي أَخْذِ الْبَعْضِ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرِيَ ، بِتَبْعِيضِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ ، وَالضَّرَرُ لَا يُزَالُ بِالضَّرَرِ ، لِأَنَّ

(١١) سقط من : م .

(١٢) في ب ، م : « الشريك » .

(١٣) في ب زيادة : « الكل » .

(١٤-١٥) في ب : « كالأقضى به » .

(١٥) سقط من : الأصل .

الشُّفْعَةُ إِنَّمَا تُثَبِّتُ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ دَفْعًا لِضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاحِلِ ، خَوْفًا مِنْ سُوءِ الْمُشَارَكَةِ وَمُؤْنَةِ الْقِسْمَةِ ، فَإِذَا أَخَذَ بَعْضُ الشَّقْصِ ، لَمْ يَنْدَفِعْ عَنْهُ الضَّرَرُ ، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ الْمَعْنَى الْمُجَوِّزُ لِمُخَالَفَةِ الْأَصْلِ ، فَلَا تُثَبِّتُ . وَلَوْ كَانَ الشَّفِيعُ وَاحِدًا ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُ بَعْضِ الْمَبِيعِ ؛ لِذَلِكَ ، فَإِنْ فَعَلَ ، سَقَطَتْ شَفْعَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَّبَعُ ، فَإِذَا سَقَطَ بَعْضُهَا ، سَقَطَ جَمِيعُهَا ، كَالْقِصَاصِ . وَإِنْ وَهَبَ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ نَصِيبَهُ مِنَ الشُّفْعَةِ بَعْضَ شُرَكَائِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَقْوٌ ، وَلَيْسَ بِهَبَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ لِغَيْرِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، كَالْعَقْوِ عَنِ الْقِصَاصِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الشُّفْعَاءُ غَائِبِينَ ، لَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ ؛ لِمَوْضِعِ الْعُذْرِ . فَإِذَا قَدِمَ أَحَدُهُمْ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا الْكُلَّ ، أَوْ يَتْرَكَ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ الْيَوْمَ مُطَالِبًا سِوَاهُ ، وَلَئِنْ فِي أَخْذِهِ الْبَعْضُ ^(١) تَبْعِيضًا لِصَفْقَةِ الْمُشْتَرَى ، فَلَمْ يَجُزْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ ^(٢) لَمْ يَكُنْ مَعَهُ غَيْرُهُ ، وَلَا يُمْكِنُ تَأْخِيرُ / حَقِّهِ إِلَى أَنْ يَقْدَمَ شُرَكَاءُهِ ؛ لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرَى . فَإِذَا أَخَذَ الْجَمِيعَ ، ثُمَّ حَضَرَ آخَرُ ، قَاسَمَهُ إِنْ شَاءَ أَوْ عَفَا ، فَيَبْقَى لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْمُطَالِبَةَ إِنَّمَا وَجَدَتْ مِنْهُمَا . فَإِنْ قَاسَمَهُ ، ثُمَّ حَضَرَ الثَّالِثُ ، قَاسَمَهُمَا إِنْ أَحَبَّ أَوْ عَفَا فَيَبْقَى لِلأَوَّلَيْنِ ، فَإِنْ نَمَّا الشَّقْصُ فِي يَدِ الْأَوَّلِ نَمَاءً مُنْفَصِلًا ، لَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ انْفَصَلَ فِي ^(٣) مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ انْفَصَلَ فِي ^(٣) يَدِ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ . وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ الثَّانِي ، فَنَمَّا فِي يَدِهِ نَمَاءً مُنْفَصِلًا ، لَمْ يُشَارِكْهُ الثَّالِثُ فِيهِ . وَإِنْ خَرَجَ الشَّقْصُ مُسْتَحَقًّا ، فَالْعُهُدَةُ عَلَى الْمُشْتَرَى ، يَرْجِعُ الثَّلَاثَةُ عَلَيْهِ ، وَلَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمْ عَلَى الْآخَرِ ؛ فَإِنَّ الْأَخْذَ وَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النَّائِبِ عَنِ الْمُشْتَرَى فِي الدَّفْعِ إِلَيْهِمَا ، وَالنَّائِبِ عَنْهُمَا فِي دَفْعِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ ، لِأَنَّ الشُّفْعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ عَلَيْهِ لِهَمِّهِ . وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ

(١) فِي الْأَصْلِ : لِلْبَعْضِ .

(٢-٢) فِي ب : كَانَ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : م .

الشَّافِعِيُّ . وَإِنْ أَمْتَنَعَ الْأَوَّلُ مِنَ الْمُطَالَبَةِ حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبَاهُ ، أَوْ قَالَ : أَخَذَ قَدَرٌ حَقِّي . فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَبْطُلُ حَقُّهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى اخْتِذِ الْكُلِّ وَتَرْكِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمُتَفَرِّدَ . وَالثَّانِي ، لَا يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ لِعُدْزٍ ، هُوَ خَوْفُ قُدُومِ الْغَائِبِ ، فَيَنْتَزِعُهُ مِنْهُ ، وَالتَّرَكُّ لِعُدْزٍ لَا يُسْقِطُ الشُّفْعَةَ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ أَظْهَرَ الْمُشْتَرِي ثَمَنًا كَثِيرًا ، فَتَرَكَ لَذَلِكَ ، ثُمَّ بَانَ خِلَافُهُ ^(٤) . فَإِنْ تَرَكَ الْأَوَّلُ شُفْعَتَهُ ^(٥) تَوَفَّرَتِ الشُّفْعَةُ ^(٦) عَلَى صَاحِبَيْهِ ، فَإِذَا قَدِمَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا ، فَلَهُ اخْتِذُ الْجَمِيعِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْأَوَّلِ . فَإِنْ أَخَذَ الْأَوَّلُ بِهَا ، ثُمَّ رَدَّ مَا أَخَذَهُ بَعِيْبٍ ، فَكَذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ أَنَّهَا لَا تَتَوَفَّرُ عَلَيْهِمَا ، وَلَيْسَ لَهَا اخْتِذُ نَصِيبِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَغْفُ ، وَإِنَّمَا رَدَّ نَصِيبَهُ لِأَجْلِ الْعَيْبِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَجَعَ إِلَى الْمُشْتَرِي بَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ . وَلَنَا ، أَنَّ الشَّفِيعَ فَسَخَ مِلْكَهُ ، وَرَجَعَ إِلَى الْمُشْتَرِي بِالسَّبَبِ الْأَوَّلِ ، فَكَانَ لِشَرِيكِهِ اخْتِذَهُ ، كَمَا لَوْ عَفَا . وَيُفَارِقُ عَوْدَهُ بِسَبَبٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ غَيْرَ الْمِلِكِ الْأَوَّلِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ الشُّفْعَةُ .

فصل : وَإِذَا حَضَرَ الثَّانِي بَعْدَ اخْتِذِ الْأَوَّلِ ، فَأَخَذَ نِصْفَ الشَّقِصِ مِنْهُ ، وَاقْتَسَمَا ، ثُمَّ قَدِمَ الثَّالِثُ ، فَطَالَ بِالشُّفْعَةِ ، وَأَخَذَ بِهَا ، بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الثَّالِثَ إِذَا أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ ، كَانَ كَأَنَّهُ مُشَارِكٌ فِي حَالِ الْقِسْمَةِ ، لِثُبُوتِ حَقِّهِ ، وَلِهَذَا لَوْ بَاعَ الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ قَدِمَ الشَّفِيعُ ، كَانَ لَهُ إِبْطَالُ الْبَيْعِ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ تَصِحُّ الْقِسْمَةُ ، وَشَرِيكُهُمَا الثَّالِثُ غَائِبٌ ؟ قُلْنَا : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَكُلٌّ فِي الْقِسْمَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ ، أَوْ قَبْلَ عِلْمِهِ بِهِ ^(٧) ، أَوْ يَكُونُ الشَّرِيكَانِ رَفَعَا ذَلِكَ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَطَالَبَاهُ بِالْقِسْمَةِ عَنِ الْغَائِبِ ، / فَاقْسَمَهُمَا ، وَبَقِيَ الْغَائِبُ عَلَى شُفْعَتِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ تَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُمَا لِلشَّقِصِ ، وَحَقُّ الثَّالِثِ ثَابِتٌ فِيهِ ؟ قُلْنَا : ثُبُوتُ حَقِّ ^(٨) الشُّفْعَةِ لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ

ظ ٥٢/٥

(٤) فِي م : « بِخِلَافِهِ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

وغيرهما ، وبِمِلْكِ الشَّفِيعِ إِبْطَالَهُ ، كَذَا هُنَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الثَّالِثَ إِذَا قَدِمَ فَوَجَدَ أَحَدَ شَرِيكَيْهِ غَائِبًا ، أَخَذَ مِنَ الْحَاضِرِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدَرُ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، ثُمَّ إِنْ قَضَى لَهُ الْقَاضِي عَلَى الْغَائِبِ ، أَخَذَ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ أَيْضًا ، وَإِنْ لَمْ يَقْضَ لَهُ ، انْتَهَرَ الْغَائِبَ حَتَّى يَقْدَمَ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ عُذْرٍ .

فصل : إِذَا أَخَذَ الْأَوَّلُ الشَّقْصَ كُلَّهُ بِالشُّفْعَةِ ، فَقَدِمَ الثَّانِي ، فَقَالَ : لَا أَخْذُ مِنْكَ نِصْفَهُ ، بَلْ أَقْصِرُ عَلَى قَدَرِ نَصِيبِي وَهُوَ الثُّلُثُ . فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ اقْتَصَرَ عَلَى بَعْضِ حَقِّهِ ، وَلَيْسَ فِيهِ تَبْعِيضُ الصَّفَقَةِ^(٨) عَلَى الْمُشْتَرَى ، فَجَازَ ، كَتَرَكِ الْكُلَّ . فَإِذَا قَدِمَ الثَّالِثُ ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الثَّانِي ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ ، فَيُضِيفَهُ إِلَى مَا فِي يَدِ الْأَوَّلِ ، وَيَقْتَسِمَانِهِ نِصْفَيْنِ ، فَتَصِيحُ قِسْمَةُ الشَّقْصِ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لِأَنَّ الثَّالِثَ أَخَذَ حَقَّهُ^(٩) مِنَ الثَّانِي ثُلُثَ الثُّلُثِ ، وَمَخْرَجُهُ تِسْعَةٌ ، فَضَمَّهُ^(١٠) إِلَى الثُّلُثَيْنِ وَهِيَ سِتَّةٌ ، صَارَتْ تِسْعَةً^(١١) ثُمَّ قَسَمَا التَّسْعَةَ^(١٢) نِصْفَيْنِ ، لَا تَنْقَسِمُ ، فَاضْرِبِ اثْنَيْنِ فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، لِلثَّانِي أَرْبَعَةٌ أَسْهُمٌ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ شَرِيكَيْهِ سَبْعَةٌ . وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الثَّانِي تَرَكَ سُدُسًا كَانَ لَهُ أَخْذُهُ ، وَحَقُّهُ مِنْهُ ثُلَاثًا ، وَهُوَ السَّبْعُ^(١٣) ، فَتَوَفَّرَ ذَلِكَ عَلَى شَرِيكَيْهِ^(١٤) فِي الشُّفْعَةِ ، فَلِلْأَوَّلِ وَالثَّالِثِ أَنْ يَقُولَا : نَحْنُ سَوَاءٌ فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، وَلَمْ يَتْرَكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا شَيْئًا مِنْ حَقِّهِ ، فَتَجْمَعُ مَا مَعَنَا فَنَقْسِمُهُ ، فَيَكُونُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ قَالَ الثَّانِي : أَنَا أَخْذُ الرَّبْعَ . فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي النَّتِ قَبْلَهَا ، فَإِذَا قَدِمَ الثَّالِثُ ، أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ سُدُسٍ ، وَهُوَ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ ، فَضَمَّهُ إِلَى ثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ ، وَهِيَ تِسْعَةٌ ، يَصِيرُ الْجَمِيعُ عَشْرَةً

(٨) فِي الْأَصْلِ : « لِلصَّفَقَةِ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « فَضَمَّهُ » .

(١١) فِي ب ، م : « سَبْعَةٌ » خَطَأً .

(١٢) فِي ب ، م : « السَّبْعَةُ » .

(١٣) فِي ب ، م : « التَّسْعَةُ » .

(١٤) فِي ب ، م : « شَرِيكِهِ » .

فَيَقْسِمَانِهَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَةً ، وَلِلثَانِي سَهْمَانِ ، وَتَصْرُحُ مِنْ اثْنِي عَشَرَ .

فصل : إذا اشترى رجل من رجلين شقصاً ، فليشفع أحدُ نصيبِ أحدهما دون الآخر . وبهذا قال الشافعي . وحكي عن القاضي ، أنه لا يملك ذلك . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، لئلا تتبعض صفقة المشتري . ولنا ، أن عقد الاثنين مع واحد عقدان ؛ لأنه مشتري من كل واحد منهما^(١٥) ملكه بتمن مفرد ، فكان للشفع أحدُهما ، كما لو أفردَه بعقد ، وبهذا يتفصل عما ذكره . وإن اشترى اثنان نصيب واحد ، فليشفع أحدُ نصيبِ أحدِ المشتريين . وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه . وقال في الأخرى : يجوز له ذلك بعد القبض ، ولا يجوز قبله ؛ لأنه قبل القبض تتبعض صفقة البائع . ولنا ، أنهما مشتريان / ، فجاز للشفع أحدُ نصيبِ أحدهما ، كما بعد القبض . وما ذكره لا نسلمه ، على أن المشتري الآخر أخذ^(١٦) نصيبه ، فلا يكون تبعيضاً . فإن باع اثنان من اثنين ، فهي أربعة عقود ، ولليشفع أحدُ الكل ، أو ما شاء منهما .

٥٣/٥

فصل : وإذا باع شقصاً لثلاثة ، دفعة واحدة ، فليشريكه أن يأخذ من الثلاثة . وله أن يأخذ من أحدهم ، وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث ؛ لأن^(١٧) كل عقد^(١٨) منهما منفرد ، فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر ، كما لو كانت متفرقة . فإذا أخذ نصيب واحد ، لم يكن للآخرين مشاركتة في الشفعة ؛ لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ، ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق . فأما إن باع نصيبه لثلاثة ، في ثلاثة عقود متفرقة ، ثم علم الشفع ، فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة ، وله أن يأخذ ما شاء منهما ؛ فإن أخذ نصيب الأول ، لم يكن للآخرين مشاركتة^(١٨) في شفعته ؛ لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثاني وحده ، لم يملك الثالث مشاركتة^(١٨)

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في ب ، م : : يأخذ .

(١٧-١٧) في م : : عقد كل .

(١٨-١٨) سقط من : ب .

لذلك ، ويُشَارِكُهُ الأولُ في شُفْعَتِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ سَابِقُ لِشِرَاءِ الثَّانِي ، فَهُوَ شَرِيكُ حَالِ شِرَائِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُشَارِكَهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ حَالِ شِرَاءِ الثَّانِي يَسْتَحِقُّ أَخْذَهُ بِالشُّفْعَةِ ، فَلَا يَكُونُ سَبَبًا فِي اسْتِحْقَاقِهَا . وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الثَّالِثِ ، وَعَفَا عَنِ الْأَوَّلَيْنِ ، فَفِي مُشَارَكَتِهِمَا لَهُ وَجْهَانِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الثَّلَاثَةِ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ لَا يُشَارِكُهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ أَمْلَاكَهُمْ قَدْ اسْتَحَقَّتْهَا بِالشُّفْعَةِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ بِهَا شُفْعَةٌ . وَالثَّانِي ، يُشَارِكُهُ الثَّانِي فِي شُفْعَةِ الثَّالِثِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَبَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَالِكًا مِلْكًا صَحِيحًا حَالِ شِرَاءِ الثَّالِثِ ، وَلِذَلِكَ اسْتَحَقَّ مُشَارَكَتَهُ إِذَا عَفَا عَنْ شُفْعَتِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَعْفُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ بِالْمِلْكِ الَّذِي صَارَ بِهِ شَرِيكًا ، لَا بِالْعَفْوِ عَنْهُ ، وَلِذَلِكَ قُلْنَا فِي الشُّفْعِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى بَاعَ نَصِيبَهُ : فَلَهُ أَخْذُ نَصِيبِ الْمُشْتَرَى الْأَوَّلِ ، وَلِلْمُشْتَرَى الْأَوَّلِ أَخْذُ نَصِيبِ الْمُشْتَرَى الثَّانِي . وَعَلَى هَذَا يُشَارِكُهُ الْأَوَّلُ فِي شُفْعَةِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ جَمِيعًا . فَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَتْ دَارٌّ بَيْنَ اثْنَيْنِ نَصْفَيْنِ ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ لِثَلَاثَةٍ ، فِي (١٩) ثَلَاثَةِ عُقُودٍ ، فِي كُلِّ عَقْدٍ سُدُسًا ، فَلِلشُّفْعِ السُّدُسُ الْأَوَّلُ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الثَّانِي وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الثَّالِثِ ، وَلِلْمُشْتَرَى الْأَوَّلِ رُبْعُ السُّدُسِ الثَّانِي وَخُمْسُ الثَّالِثِ ، وَلِلْمُشْتَرَى الثَّانِي خُمْسُ الثَّالِثِ فَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ مِائَةِ وَعِشْرِينَ سَهْمًا ، لِلشُّفْعِ الْأَوَّلِ مِائَةٌ وَسَبْعَةُ أَسْهُمٍ ، وَلِلثَّانِي تِسْعَةٌ ، وَلِلثَّالِثِ أَرْبَعَةٌ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ . فَلِلْمُشْتَرَى الْأَوَّلِ نِصْفُ السُّدُسِ الثَّانِي وَثُلُثُ الثَّالِثِ ، وَلِلثَّانِي ثُلُثُ الثَّالِثِ وَهُوَ نِصْفُ التُّسْعِ ، فَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، لِلشُّفْعِ تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِلثَّانِي خَمْسَةٌ ، وَلِلثَّالِثِ سَهْمَانِ .

٥٣/٥ ط

فصل : دَارٌّ بَيْنَ أَرْبَعَةٍ أَرْبَاعًا ، بَاعَ ثَلَاثَةٌ مِنْهُمْ فِي عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، وَلَمْ يَعْلَمْ شَرِيكُهُمْ ،

ولا بعضهم ببعض ، فَلِلَّذِي لَمْ يَبِعْ الشُّفْعَةَ فِي الْجَمِيعِ . وهل يَسْتَحِقُّ الْبَائِعُ ^(٢٠) الثاني والثالث الشُّفْعَةَ فيما باعَهُ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ والثاني ^(٢١) ؟ على وَجْهَيْنِ . ^(٢١) وكذلك هل يَسْتَحِقُّ الثالثُ الشُّفْعَةَ فيما باعَهُ الْأَوَّلُ والثاني ؟ على وَجْهَيْنِ ^(٢٢) . وهل يَسْتَحِقُّ الْمُشْتَرِي الرَّابِعُ الْأَوَّلُ الشُّفْعَةَ فيما باعَهُ الثاني والثالث ؟ وهل ^(٢٢) يَسْتَحِقُّ الثاني شُفْعَةَ الثالث ؟ على ثلاثة أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، يَسْتَحِقُّانِ ؛ لأنَّهُمَا مالِكَا حَالِ الْبَيْعِ . والثاني ، لا حَقَّ لهما ؛ لأنَّ مِلْكَهُمَا مُتَزَلِّزٌ يَسْتَحِقُّ أَخْذَهُ بِالشُّفْعَةِ ، فلا تَبَيَّنَتْ بِهِ . والثالث ، إن عَفَا عَنْهُمَا أَحَدًا ، وإلَّا فلا . فإذا قلنا : يَشْتَرِكُ الْجَمِيعُ . فَلِلَّذِي لَمْ يَبِعْ ثُلُثَ كُلِّ رُبْعٍ ؛ لأنَّ له شَرِيكَينِ ، فصارَ له الرَّبْعُ مَضْمُونًا إِلَى مِلْكِهِ ، فَكُمُلَ لَهُ النِّصْفُ ، ولِلْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي ^(٢٣) الْأَوَّلِ الثُّلُثُ ، لكلِّ واحدٍ منهما السُّدُسُ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فِي شُفْعَةٍ . ^(٢٤) ولِلْبَائِعِ الثاني ، وَالْمُشْتَرِي الثاني السُّدُسُ ، لكلِّ واحدٍ منهما نصفُهُ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فِي شُفْعَةٍ ^(٢٤) يَبِيعُ واحدٍ ، وَتَصِيحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ .

فصل : وَإِنْ بَاعَ الشَّرِيكُ نِصْفَ الشَّقْصِ لِرَجُلٍ ، ثُمَّ بَاعَهُ بِقِيَّتِهِ ^(٢٥) فِي صَفْقَةٍ أُخْرَى ، ثُمَّ عَلِمَ الشَّقِيعُ ، فَله أَخْذُ الْمَبِيعِ الْأَوَّلِ والثاني ، وله أَخْذُ أَحَدِهِمَا دُونَ الثاني ؛ لأنَّ لكلَّ عَقْدٍ حُكْمَ نَفْسِهِ ، فَإِنْ أَخَذَ الْأَوَّلُ ، لَمْ يُشَارِكْهُ فِي شُفْعَتِهِ أَحَدٌ ، وَإِنْ أَخَذَ الثاني ، فَهَلْ يُشَارِكُهُ الْمُشْتَرِي فِي شُفْعَتِهِ بِنَصِيْبِهِ الْأَوَّلِ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، يُشَارِكُهُ فِيهَا ^(٢٦) . وهو مذهبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وبعضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ وَقْتَ

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١-٢١) سقط من : ب .

(٢٢) في م : « أو هل » .

(٢٣) في الأصل : « وللمشتري » .

(٢٤-٢٤) سقط من : م . نقلة نظر .

(٢٥) في الأصل : « بعينه » .

(٢٦) سقط من : ب . وفي الأصل : « فيها » .

البيع الثاني ، يملكه الذي اشتراه أولاً . والثاني ، لا يشاركه ؛ لأن ملكه على الأول لم يستقر ، لكون الشفيع يملك أخذه . والثالث ، إن عفا الشفيع عن الأول شاركه في الثاني ، وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه إذا عفا عنه ، استقر ملكه ، فشارك به ، بخلاف ما إذا أخذ . فإن قلنا : يشارك في الشفعة . ففي قدر ما يستحق وجهان ؛ أحدهما ، ثلثه . والثاني ، نصفه . بناءً على الرويتين في قسمة الشفعة على قدر الأملاك أو عدد الرؤوس . فإذا قلنا : / يشاركه . فعفاً له عن الأول ، صار له ثلث العقار ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر ثلاثة أثمانه ، وباقيه لشريكه . وإن لم يعف عن الأول ، فله نصف سدسه ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر ثمنه ، والباقي لشريكه . وإن باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية ، فحكمه حكم مالو باعه لثلاثة أنفس ، على ما شرخناه . ويستحق ما يستحقون . وللشفيع ههنا مثل ماله مع^(٢٧) الثلاثة . والله أعلم .

فصل : وإذا كانت دار بين ثلاثة ، فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه ، فباعهما^(٢٨) لرجل واحد ، فلشريكهما الشفعة فيهما . وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأن المالك اثنان ، فهما بيعان ، فكان له أخذ نصيب أحدهما ، كما لو تولى العقد . والثاني ، ليس له ذلك ؛ لأن الصفقة واحدة ، وفي أخذ أحدهما تبعض الصفقة على المشتري ، فلم يجز ، كما لو كانا لرجل واحد . وإن وكل رجل رجلًا في شراء نصف^(٢٩) نصيب أحد الشركاء ، فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله ، فلشريكه أخذ نصيب أحدهما ؛ لأنهما مشتريان ، فاشبه مالو وليا العقد . والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ، أن أخذ أحد^(٢٩) النصيبين لا يفضي إلى

(٢٧) في ب : ١ على ١ .

(٢٨) في ب ، م : ١ فباعها ، .

(٢٩) سقط من : ب .

تَبْعِيضِ صَفَقَةِ الْمُشْتَرِي ، ولأنَّهُ قد (٣٠-٣١) يَرْضَى شَرَكَةَ (٣٠) أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ دُونَ الْآخَرِ .
بِخِلَافِ التِّي قَبْلَهَا ؛ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ وَاحِدٌ .

٨٨٢ - مسألة ؛ قال : (وَعَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَعَهْدَةُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ)

يعنى أَنَّ الشَّفِيعَ إِذَا أَخَذَ الشُّفْعَ ، فَظَهَرَ مُسْتَحَقًّا ، فَرُجُوعُهُ بِالْثَمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَيَرْجِعُ (١) الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ . وَإِنْ وَجَدَهُ مَعِيًّا فَلَهُ رَدُّهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، أَوْ أَخَذَ أَرْضَهُ مِنْهُ ، وَالْمُشْتَرِي يَرُدُّ عَلَى الْبَائِعِ ، أَوْ يَأْخُذُ الْأَرْضَ مِنْهُ ، سِوَاءَ قَبْضِ الشُّفْعِ مِنَ الْمُشْتَرِي أَوْ مِنَ الْبَائِعِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَعُثْمَانُ الْبُتِّي :
عَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ لَهُ بِإِجَابِ الْبَائِعِ ، فَكَانَ رُجُوعُهُ عَلَيْهِ ، كَالْمُشْتَرِي . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ أَخَذَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي ، فَالْعَهْدَةُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ فَالْعَهْدَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ إِذَا أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ تَعَذَّرَ قَبْضُ الْمُشْتَرِي ، فَيَنْفَسِخُ الْبَيْعُ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي ، فَكَانَ الشَّفِيعُ آخِذًا مِنَ الْبَائِعِ ، مَالِكًا مِنْ جِهَتِهِ ، فَكَانَتْ عَهْدَتُهُ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الشُّفْعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ بَعْدَ الشِّرَاءِ وَحُصُولِ الْمَلِكِ لِلْمُشْتَرِي ، ثُمَّ يَزُولُ الْمَلِكُ مِنَ الْمُشْتَرِي / إِلَى الشَّفِيعِ بِالْثَمَنِ . فَكَانَتْ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَخَذَهُ مِنْهُ بَيْعًا ، وَلَأنَّهُ مَلَكَهُ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ ، فَمَلَكَ رَدُّهُ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ ، كَالْمُشْتَرِي فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ . وَقِيَاسُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، فِي جَعْلِ عَهْدَتِهِ عَلَى الْبَائِعِ ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ مَلَكَهُ مِنَ الْبَائِعِ ، بِخِلَافِ الشَّفِيعِ . وَأَمَّا إِذَا أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ ، فَالْبَائِعُ نَائِبٌ عَنِ الْمُشْتَرِي فِي التَّسْلِيمِ الْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ . وَلَوْ انْفَسَخَ الْعَقْدُ بَيْنَ الْمُشْتَرِي وَالْبَائِعِ ، بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهَا اسْتُحِقَّتْ بِهِ .

٥٤/٥ ظ

(٣٠-٣١) فِي الْأَصْلِ : (رَضِيَ) .

(١) فِي ب : (وَرُجُوعٌ) .

فصل : وحكم الشفيع في الرد بالعيب ، حكم المشتري من المشتري ، وإن علم المشتري بالعيب ، ولم يعلم الشفيع ، فللشفيع رده على المشتري . أو أخذ أرضه منه ، وليس للمشتري شيء . ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرض ؛ لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد ، فإذا أخذ الأرض ، فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري . وإن علم الشفيع دون المشتري ، فليس لواحد منهما رد ولا أرض ؛ لأن الشفيع أخذه عالماً بعيبه ، فلم يثبت له رد ولا أرض ، كالمشتري إذا علم العيب ، والمشتري قد استغنى عن الرد ، لزوال ملكه عن المبيع ، وحصول الثمن له من الشفيع ، ولم يملك الأرض ؛ لأنه استدرك ظلامته ، ورجع إليه جميع ثمنه ، فأشبه ما لو رده على البائع . ويحتمل أن يملك أخذ الأرض ؛ لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع ، فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع ، كما لو اشترى قفيزين ، فتلف أحدهما ، وأخذ الآخر . فعلى هذا ، ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ؛ لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر^(٢) عليه العقد ، فأشبه ما لو أخذ الأرض قبل أخذ الشفيع منه . وإن علماً جميعاً ، فليس لواحد منهما رد ولا أرض ؛ لأن كل واحد منهما دخل على بصيرة ، ورضى ببذل الثمن فيه بهذه الصفة . وإن لم يعلم ، فللشفيع رده على المشتري ، وللمشتري رده على البائع ، فإن لم يرده الشفيع ، فلا رد^(٣) للمشتري^(٤) ؛ لما ذكرنا أولاً . وإن أخذ الشفيع أرضه من المشتري ، فللمشتري أخذه من البائع . وإن لم يأخذ منه شيئاً ، فلا شيء للمشتري . ويحتمل أن يملك أخذه ، على الوجه الذي ذكرناه . فإذا أخذه ، فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري ، سقط عنه من الثمن بقدره ؛ لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع ، وسكوته لا يسقط حقه ، وإن أسقطه عن / المشتري ، توفّر عليه ، كما لو زاده على الثمن باختياره . فأمّا إن اشتراه بالبراءة من كل عيب ، فالصحيح من المذهب أنه^(٤) لا يبرأ ، فيكون كأنه لم يبرأ إليه من

٥٥٥/٥

(٢) في الأصل : « يستقر » .

(٣-٤) في م : « يرد المشتري » .

(٤) في م : « أن » .

شئ . وفي رواية أخرى ، أنه يبرأ ، إلا أن يكون البائع عليم بالعيب ، فدلّسه ، واشترط البراءة . فعلى هذه الرواية ، إن عليم الشفيع باشتراط البراءة ، فحكمه حكم المشتري ؛ لأنه دخل على شرائه ، فصار كمشتري ثانٍ اشترط^(٥) البراءة . وإن لم يعلم ذلك ،^(٦) فحكمه حكم ما لو علمه^(٦) المشتري دون الشفيع .

٨٨٣ - مسألة ؛ قال : (والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميث طالب بها)

وجملة ذلك ، أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين ؛ أحدهما ، أن يموت قبل الطلب بها ، فنسقط ، ولا تنتقل إلى الورثة . قال أحمد : الموت يطل به ثلاثة أشياء ؛ الشفعة ، والحد إذا مات المقدوف ، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب ، فإذا لم يطلب ، فليس تجب ، إلا أن يشهد أنى على حقي من كذا وكذا ، وأننى قد طلبته ، فإن مات بعده ، كان لإوارثته الطلب به . وروى سقوطه بالموت عن الحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، والنخعي . وبه قال الثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وقال مالك ، والشافعي ، والعنبري : يورث . قال أبو الخطاب ، ويخرج لنا مثل ذلك ؛ لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال ، فيورث ، كخيار الرد بالعيب . ولنا ، أنه حق فسخ ثبت^(١) لا لقوات جزئية ، فلم يورث ، كالرجوع في الهبة ، لأنه نوع خيار جعل للتملك ، أشبه خيار القبول . فأما خيار الرد بالعيب ، فإنه لإستدراك جزئية فات من المبيع . الحال الثاني ، إذا طالب بالشفعة ثم مات . فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة ، قولاً واحداً . ذكره أبو الخطاب . وقد ذكرنا نص أحمد عليه . لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط . وقال القاضي : يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة . وقد

(٥) في الأصل : « لشرط » .

(٦-٦) في الأصل ، ب : « فحكمه ما لو علم » .

(١) في الأصل : « أثبت » .

ذَكَرْنَا أَنَّ الصَّحِيحَ غَيْرُ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَوْ صَارَ مَلَكًا لِلشَّفِيعِ ، لَمْ يَصِحَّ الْعَفْوُ عَنِ الشُّفْعَةِ بَعْدَ طَلِبِهَا ، كَمَا لَا يَصِحُّ الْعَفْوُ عَنْهَا بَعْدَ الْأَخْذِ بِهَا . فَإِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْحَقَّ يَنْتَقِلُ إِلَى جَمِيعِ الْوَرَثَةِ عَلَى حَسَبِ مَوَارِيثِهِمْ ، لِأَنَّهُ حَقٌّ مَالِيٌّ مَوْرُوثٌ ، فَيَنْتَقِلُ إِلَى جَمِيعِهِمْ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ ، وَسِوَاءِ قُلْنَا : الشُّفْعَةُ عَلَى قَدْرِ الْأَمْلاكِ ، أَوْ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ مِنْ مَوْرُوثِهِمْ . فَإِنْ تَرَكَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ حَقَّهُ ، تَوَفَّرَ ^(٢) الْحَقُّ عَلَى سَائِرِ الْوَرَثَةِ ، وَلَمْ / يَكُنْ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا إِلَّا الْكُلَّ ، أَوْ يَتْرَكُوا ، كَالشُّفْعَاءِ إِذَا عَفَا بَعْضُهُمْ عَنْ شُفْعَتِهِ ؛ لِأَنَّا لَوْ جَوَزْنَا اخْتِذَ ^(٣) بَعْضُ الشَّقْصِ الْمَبِيعِ ، تَبَعَّضَتِ الصَّفْقَةُ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وَهَذَا ضَرَرٌ فِي حَقِّهِ .

فصل : وَإِنْ أَشْهَدَ الشَّفِيعُ عَلَى مُطَالِبَتِهِ بِهَا لِلْعُذْرِ ، ثُمَّ مَاتَ ، لَمْ تَبْطُلْ ، وَكَانَ لِلْوَرَثَةِ الْمُطَالِبَةُ بِهَا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى الطَّلَبِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْهُ ، يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَلَمْ تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ بِالْمَوْتِ بَعْدَهُ ^(٤) ، كَنَفْسِ الطَّلَبِ .

فصل : وَإِذَا بَيَعَ شَيْقَصٌ لَهُ شَفِيعَانِ ، فَعَفَا أَحَدُهُمَا عَنْهَا ^(٥) ، وَطَالَبَ الْآخَرُ بِهَا ، ثُمَّ مَاتَ الْمُطَالِبُ ^(٦) ، فَوَرَثَهُ الْعَافِي ، فَلَهُ اخْتِذُ الشَّقْصِ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَارِثٌ لِشَفِيعِ مُطَالِبٍ بِالشُّفْعَةِ ، فَمَلَكَ الْأَخْذَ بِهَا ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَدَفَ رَجُلٌ أُمَّهُمَا وَهِيَ مَيِّتَةٌ ، فَعَفَا أَحَدُهُمَا ، فَطَالَبَ ^(٧) الْآخَرُ ، ثُمَّ مَاتَ الطَّلِبُ ، فَوَرَثَهُ الْعَافِي ، ثَبَّتَ لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ بِالنِّيَابَةِ عَنْ أَخِيهِ الْمَيِّتِ ، إِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِ الْحَدِّ بِقَدْفِهَا .

فصل : وَإِنْ مَاتَ مُفْلِسٌ ، وَلَهُ شَيْقَصٌ ، فَبَاعَ شَرِيكُهُ ، كَانَ لَوَرَثَتِهِ الشُّفْعَةُ . وَهَذَا

(٢) فِي م : « تَوَافَر » .

(٣) فِي الْأَصْل : « لَوَاحِد » .

(٤) فِي م : « بَعْد » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) فِي الْأَصْل : « الطَّالِب » .

(٧) فِي ب : « أَوْ طَلَب » .

مذهبُ الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : لا شفعةَ لهم ؛ لأنَّ الحقَّ انتقلَ إلى الغرماءِ . ولنا ، أنَّه يَبَّعَ في شَرِكَةِ ما خَلَفَهُ مَوْرُوهُمْ من شِقْصٍ ، فكان لهم المُطالبةُ بِشُفْعَتِهِ ، كغيرِ المُفلسِ . ولا نُسَلِّمُ أنَّ التَّرِكَةَ انتَقَلَتْ إلى الغرماءِ ، بل هي لِلوَرِثَةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّها لو تَمَّتْ أو زَادَ ثَمْنُها ، لَحُسِبَ على الغرماءِ في قَضَاءِ دُيُونِهِمْ ، وإنَّما تَعَلَّقَ حَقُّهُمْ به ، فلم يَمْنَعْ ذلك من الشُّفْعَةِ ، كما لو كان^(٨) لرجلٍ شِقْصٌ مَرهُونٌ ، فباعَ شَرِيكَه ، فَإِنَّه يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ به . ولو كان لِلْمَيِّتِ دَارٌ ، فَبِيعَ بَعْضُها في^(٩) قَضَاءِ دَيْنِهِ ، لم يَكُنْ لِلوَرِثَةِ شُفْعَةٌ ؛ لأنَّ البَيْعَ يَقَعُ لهم ، فلا يَسْتَحِقُّونَ الشُّفْعَةَ على أَنْفُسِهِمْ . ولو كان الْوَارِثُ شَرِيكًا لِلْمَوْرُوْثِ ، فَبِيعَ نَصِيبُ الْمَوْرُوْثِ في دَيْنِهِ ، فلا شُفْعَةٌ أَيْضًا ؛ لأنَّ نَصِيبَ الْمَوْرُوْثِ انْتَقَلَ بِمَوْتِهِ إلى الْوَارِثِ ، فإذا بَاعَ فَقَدْ بَاعَ مِلْكُهُ ، فلا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ على نَفْسِهِ .

فصل : ولو اشْتَرَى شِقْصًا مَشْفُوعًا ، وَوَصَّى به ، ثم مات ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ من حَقِّ الْمُوصَى له ، فإذا أَخَذَهُ ، دَفَعَ الثَّمَنَ إلى الْوَرِثَةِ ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ الْمُوصَى به^(١٠) ذَهَبَ ، فَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ، كما لو تَلَفَ ، ولا يَسْتَحِقُّ الْمُوصَى له بَدْلَهُ ؛ لأنَّه لم يُوصَ له إِلَّا بِالشَّقْصِ ، وَقَدْ فَاتَ^(١١) بِأَخْذِهِ . ولو وَصَّى رَجُلٌ^(١٢) لِإِنْسَانٍ بِشِقْصٍ ، ثم مات ، فَبِيعَ في تَرِكَتِهِ شِقْصٌ قَبْلَ قَبُولِ الْمُوصَى له ، فَالشُّفْعَةُ / لِلوَرِثَةِ في الصَّحِيحِ ؛ لأنَّ الْمُوصَى به لا يَصِيرُ لِلْوَصِيِّ إِلَّا بَعْدَ الْقَبُولِ ، ولم يُوجَدْ ، فيكونَ باقِيًا على مِلْكِ الْوَرِثَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلْمُوصَى^(١٣) إِذَا قُلْنَا : إِنْ الْمِلْكُ يَنْتَقِلُ إِلَيْهَا بِمَجَرَّدِ الْمَوْتِ . فإذا قَبِلَ الْوَصِيَّةُ ، اسْتَحَقَّ الْمُطالبةُ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أَنَّ الْمِلْكَ كانَ له ، فكانَ الْمَبِيعُ^(١٤) في شَرِكَتِهِ . ولا يَسْتَحِقُّ الْمُطالبةُ قَبْلَ الْقَبُولِ ؛ لأنَّنا لا

٥٦/٥

(٨) في م زيادة : « للميت » .

(٩) في الأصل : « ثم » .

(١٠-١١) سقط م : ب .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في الأصل ، م : « للوصي » .

(١٣) في الأصل : « البيع » .

نَعْلَمُ أَنَّ الْمَلِكَ لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ ، وَإِنَّمَا يَتَّبِعُ ذَلِكَ بِقَبُولِهِ ، فَإِنْ قَبِلَ تَبَيَّنَ ^(١٤) أَنَّهُ كَانَ ^(١٥) لَهُ . وَإِنْ رَدَّ ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ لِلْوَرِثَةِ . وَلَا تَسْتَحِقُّ الْوَرِثَةُ الْمُطَالَبَةَ أَيْضًا ؛ لِذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُمُ الْمُطَالَبَةَ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبُولِ ، وَبَقَاءُ الْحَقِّ لَهُمْ . وَيُفَارِقُ الْمُوصَى لَهُ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبُولِ مِنْهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقْبَلَ ثُمَّ يُطَالِبَ ، بِخِلَافِ الْوَارِثِ ؛ فَإِنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ إِلَى فِعْلٍ مَا يُعْلَمُ بِهِ ^(١٥) ثُبُوتُ الْمَلِكِ لَهُ أَوْ لغيره . فَإِذَا طَالَبُوا ، ثُمَّ قَبِلَ الْوَصِيُّ ^(١٦) الْوَصِيَّةَ ، كَانَتِ الشُّفْعَةُ لَهُ ، وَيَقْتَضِرُ إِلَى الطَّلَبِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَبَ الْأَوَّلَ تَبَيَّنَ ^(١٧) أَنَّهُ مِنْ غَيْرِ الْمُسْتَحِقِّ . وَإِنْ قُلْنَا بِالرَّوَايَةِ الْأُولَى ، فَطَالِبُ الْوَرِثَةِ بِالشُّفْعَةِ ، فَلَهُمُ الْأَخْذُ بِهَا . وَإِنْ قَبِلَ الْوَصِيُّ أَخَذَ الشَّقْصَ الْمُوصَى بِهِ ، دُونَ الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ ؛ لِأَنَّ الشَّقْصَ الْمُوصَى بِهِ إِنَّمَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْأَخْذِ بِشُفْعَتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُوهُ أَخَذَ ^(١٨) بِهَا الْمُوصَى فِي حَيَاتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُطَالَبُوا بِالشُّفْعَةِ حَتَّى قَبِلَ الْمُوصَى لَهُ ^(١٩) ، فَلَا شُفْعَةَ لِلْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ قَبْلَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لَهُ ^(٢٠) ، وَحُصُولِ شَرِكَتِهِ . وَفِي ثُبُوتِهَا لِلْوَرِثَةِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى مَا لَوْ بَاعَ الشَّفِيعُ نَصِيْبَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ بِبَيْعِ شَرِكَتِهِ .

فصل : وَلَوْ اشْتَرَى رَجُلٌ شَقْصًا ، ثُمَّ ارْتَدَّ فَقُتِلَ أَوْ مَاتَ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ بِالشَّرَاءِ ، وَانْتَقَالَتْ إِلَى الْمُسْلِمِينَ بِقَتْلِهِ أَوْ مَوْتِهِ لَا يَمْنَعُ الشُّفْعَةَ ، كَمَا لَوَمَاتٍ عَلَى الْإِسْلَامِ ، فَوَرِثَتُهُ ^(٢٠) وَرَثَتُهُ ، أَوْ صَارَ مَالُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، لِعَدَمِ وَرَثَتِهِ ، وَالْمُطَالِبُ بِالشُّفْعَةِ وَكَيْلُ بَيْتِ الْمَالِ .

(١٤-١٥) في ب : و أن ذلك .

(١٥) سقط من : الأصل ، ب .

(١٦) سقط من : الأصل . وفي ب : الموصى .

(١٧) في الأصل ، م : يتبين .

(١٨) في الأصل : أخذه .

(١٩) في م : و به .

(٢٠) في ب ، م : فورثته .

فصل : وإذا اشترى المرتد شقصاً ، فتصرفه موقوف ، فإن قُتل على رِدِّته أو مات عليها ، تَبَيَّنَ أَنَّ شِرَاءَهُ باطلٌ ، ولا شفعة فيه ، وإن أسلم ، تَبَيَّنَ صِحَّتُهُ ، وثُبُوتُ الشُّفْعَةِ فيه . وقال أبو بكر : تصرفه غير صحيح في الحالين ؛ لأنَّ ملكه يزول بِرِدِّته ، فإذا أسلم عادَ إليه تَمْلِيكاً مُسْتَأْتِفاً . وقال الشافعي ، وأبو يوسف : تصرفه صحيح في الحالين ، وتَجِبُ الشُّفْعَةُ فيه . ومَبْنَى الشُّفْعَةِ ههنا على صِحَّةِ تصرف المرتد ، ويُذَكَّرُ في غير هذا الموضوع ^(٢١) . وإن بيع شقص في شركة المرتد ، وكان المشتري كافراً ، فأخذ ^(٢٢) بالشفعة ، ائْتَنَى على ذلك / أيضاً ؛ لأنَّ أَخْذَهُ بالشفعة ^(٢٣) شِرَاءٌ لِلشَّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرَى ، فَأَشْبَهَ شِرَاءَهُ لغيره . وإن ارتدَّ الشفيعُ المسلم ، وقُتل بالردة أو مات عليها ، ائْتَقَلَ ماله إلى المسلمين ، فإن كان طالب بالشفعة ، ائْتَقَلَ أيضاً إلى المسلمين ، يَنْظَرُ فيها الإمام أو نائبه . وإن قُتل أو مات قبل طلبها ، بطلت شفعته ، كما لو مات على إسلامه . ولو مات الشفيعُ المسلم ، ولم يخلف وارثاً سوى بيت المال ، ائْتَقَلَ نصيبه إلى المسلمين إن مات بعد الطلب ، وإلا فلا .

ظ ٥٦/٥

٨٨٤ - مسألة : قال : (وَإِنْ أَذِنَ الشَّرِيكُ فِي الْبَيْعِ ، ثُمَّ طَالَ بَ ^(١) بِالْشُّفْعَةِ بَعْدَ وَقُوعِ الْبَيْعِ ، فَلَهُ ذَلِكَ)

وجملة ذلك أَنَّ الشفيعَ إذا عفا عن الشفعة قبل البيع ، فقال : قد أَذِنْتُ في البيع ، أو قد ^(٢) أَسْقَطْتُ شَفْعَتِي . أو ما أشبه ذلك ، لم تَسْقُطْ ، وله الْمُطَالَبَةُ بها متى وَجَدَ الْبَيْعُ . هذا ^(٣) ظاهر المذهب . وهو مذهب مالك ، والشافعي ، والنبتي ، وأصحاب الرأي . وروى عن أحمد ما يدلُّ على أَنَّ ^(٣) الشفعة تَسْقُطُ بذلك ؛ فإنَّ إسماعيل بن سعيد ، قال : قلتُ

(٢١) في م : الموضوع .

(٢٢) في الأصل : فأخذه .

(٢٣) في ب : للشفعة .

(١) في م : طلب .

(٢) سقط من : م . وفي ب : قال قد .

(٣) سقط من : ب .

لأحمد : ما معنى قول النبي ﷺ : « مَنْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ رُبْعَةٌ ، فَأَرَادَ بَيْعُهَا ، فَلْيُعْرِضْهَا عَلَيْهِ » . وقد جاء في بعض الحديث : « وَلَا يَحِلُّ لَهُ إِلَّا أَنْ يُعْرِضَهَا عَلَيْهِ » . إذا كانت الشُّفْعَةُ ثَابِتَةً لَهُ ؟ فقال : ما هو بِبَيْعِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَلَى ذَلِكَ ، وَأَنْ لَا تَكُونَ لَهُ الشُّفْعَةُ . وهذا قولُ الْحَكَمِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي خَيْثَمَةَ ، وَطَائِفَةٍ مِنْ أَهْلِ الْحَدِيثِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّ : وَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ^(٤) عَنْ أَحْمَدَ ، فَقَالَ مَرَّةً : تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ . وَقَالَ مَرَّةً : لَا تَبْطُلُ . وَاجْتَبَا بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ لَهُ شِرْكَةٌ فِي أَرْضٍ ، رُبْعَةٌ ، أَوْ حَائِطٌ ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ »^(٥) . وَمُحَالٌ أَنْ يَقُولَ النَّبِيُّ ﷺ : « وَمَنْ شَاءَ تَرَكَ » . فَلَا يَكُونُ لِتَرْكِهِ مَعْنًى . وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ : « فَإِنْ بَاعَ ، وَلَمْ يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » أَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ بِإِذْنِهِ لَا حَقَّ لَهُ . وَلَئِنْ الشُّفْعَةُ تَثَبَّتْ فِي مَوْضِعِ الْإِتْفَاقِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ، لَكُنْزُهُ يَأْخُذُ مِلْكَ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ رِضَائِهِ ، وَيُجْبِرُهُ عَلَى الْمَعَاوَضَةِ بِهِ ، لِدُخُولِهِ مَعَ الْبَائِعِ فِي الْعَقْدِ ، الَّذِي أَسَاءَ فِيهِ بِإِذْخَالِهِ الضَّرَرَ عَلَى شَرِيكَهِ ، وَتَرْكِهِ الْإِحْسَانَ إِلَيْهِ فِي عَرْضِهِ عَلَيْهِ . وَهَذَا الْمَعْنَى مَعْدُومٌ هَهُنَا ، فَإِنَّهُ قَدْ عَرَضَهُ عَلَيْهِ ، وَامْتِنَاعُهُ مِنْ أَخْذِهِ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ الضَّرَرِ فِي حَقِّهِ بَيْعِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ / فَهُوَ أَدْخَلَهُ عَلَى نَفْسِهِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ ، كَمَا لَوْ أَخَّرَ الْمُطَالِبَةَ بَعْدَ الْبَيْعِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقِّ قَبْلِ وَجُوبِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ مِمَّا يَجِبُ لَهُ ، أَوْ^(٦) أَسْقَطَتِ الْمَرْأَةُ صَدَاقَهَا قَبْلَ التَّزْوِيجِ . وَأَمَّا الْحَبْرُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْعَرْضَ عَلَيْهِ ، لِيُتِنَاعَ ذَلِكَ إِنْ أَرَادَ ، فَتَخَفَّ عَلَيْهِ الْمُؤَنَّةُ ، وَيَكْتَفَى بِأَخْذِ الْمُشْتَرِي الشَّقْصَ ، لَا إِسْقَاطَ حَقِّهِ مِنْ شُفْعَتِهِ .

فصل : إِذَا تَوَكَّلَ الشَّفِيعُ فِي الْبَيْعِ ، لَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ بِذَلِكَ ، سَوَاءً كَانَ وَكِيلَ الْبَائِعِ أَوْ الْمُشْتَرِي . ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ

(٤) أَيْ النُّقْلُ .

(٥) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٤٣٥ . عِنْدَ أَبِي دَاوُدَ .

(٦) فِي بَيِّنَاتِهِ : « لَوْ » .

القاضي ، وبعض الشافعية : إن كان وكيل البائع ، فلا شفعة له ؛ لأنه تَلَحُّقُهُ التَّهْمَةُ فِي
 الْبَيْعِ ، لَكَوْنِهِ يَقْصِدُ تَقْلِيلَ الثَّمَنِ ، لِيَأْخُذَ بِهِ ^(٧) ، بِخِلَافِ وَكِيلِ الْمُشْتَرِي . وقال
 أصحابُ الرَّأْيِ : لا شفعة لوكيل المشتري ، بناءً على أصْلِهِمْ أَنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ إِلَى
 الْوَكِيلِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَى نَفْسِهِ . ولنا ، أَنَّهُ وَكِيلٌ ، فَلَا تَسْقُطُ شَفَعَتُهُ ، كَالْآخِرِ ، وَلَا
 تُسَلِّمُ أَنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَكِيلِ . إِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ ، ثُمَّ لَوْ انْتَقَلَ إِلَى الْوَكِيلِ لَمَا
 ثَبَّتَ ^(٨) فِي مِلْكِهِ ، إِنَّمَا يَنْتَقِلُ فِي الْحَالِ إِلَى الْمُوَكَّلِ ، فَلَا يَكُونُ الْأَخْذُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَلَا
 الْاسْتِحْقَاقُ عَلَيْهَا . وَأَمَّا التَّهْمَةُ فَلَا تُؤَثِّرُ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ وَكَلَّهُ مَعَ عِلْمِهِ بِثُبُوتِ
 شَفَعَتِهِ ^(٩) ، رَاضِيًا بِتَصَرُّفِهِ مَعَ ذَلِكَ ، فَلَا يُؤَثِّرُ ، كَالْوَكِيلِ ^(١٠) ، إِذِنْ لَوْ كِيلَهُ ^(١١) فِي الشِّرَاءِ مِنْ
 نَفْسِهِ . فعلى هذا ، لو قال لِشَرِيكَهِ : بَعْ نِصْفَ نَصِيبِي مَعَ نِصْفِ نَصِيبِكَ . ففَعَلَ ،
 ثَبَّتَتْ الشُّفْعَةُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْمَبِيعِ مِنْ نَصِيبِ صَاحِبِهِ . وعند القاضي ثَبَّتَتْ فِي
 نَصِيبِ الْوَكِيلِ ، دُونَ نَصِيبِ الْمُوَكَّلِ .

فصل : وإن ضمن الشافع العهدة للمشتري ، أو شرط له الخيار فاختار إمضاء
 العقد ، لم تسقط شفعته . وهذا قال الشافعي . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّ
 الْعَقْدَ تَمَّ بِهِ ، فَأَشْبَهَ الْبَائِعَ إِذَا بَاعَ بَعْضَ نَصِيبِ نَفْسِهِ . ولنا ، أَنَّ هَذَا سَبَبٌ سَبَقَ وَجُوبُ
 الشُّفْعَةِ ، فَلَمْ تَسْقُطْ بِهِ ^(١٢) الشُّفْعَةُ ، كَالِإِذْنِ فِي الْبَيْعِ ، وَالْعَفْوُ عَنِ الشُّفْعَةِ قَبْلَ تِمَامِ
 الْبَيْعِ . وما ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْبَيْعَ لَا يَقِفُ عَلَى الضَّمَانِ ، وَيَبْتَطِلُ بِمَا إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي
 شَرِيكًا ، فَإِنَّ الْبَيْعَ قَدْ ^(١٣) تَمَّ بِهِ ، وَثَبَّتَتْ لَهُ الشُّفْعَةُ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ .

(٧) في ب : منه .

(٨) في الأصل نهادة : له .

(٩) في ب : الشفعة له .

(١٠) في ب نهادة : وكله .

(١١) في م : لوكيل .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : الأصل ، ب .

فصل : وإذا كانت دائر بين ثلاثة ، فقَارَضَ واحدٌ منهم أحدَ شَرِيكَيْهِ بِأَلْفٍ ، فاشْتَرَى به نَصْفَ^(١٤) نصيبِ الثالثِ ، لم تُثَبِّتْ فيه شُفْعَةٌ ، في أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ / لأنَّ أحدَ الشَّرِيكَيْنِ رَبُّ المَالِ ، والآخَرُ العَامِلُ ، فهما كالشَّرِيكَيْنِ في المَتَاعِ ، فلا يَسْتَحِقُّ أحدهما على الآخرِ شُفْعَةً . وإن باعَ الثالثُ باقى نصيبِهِ لأَجْنَبِيٍّ ، كانت الشُّفْعَةُ مُسْتَحَقَّةً بينهم أُنْحَاسًا ، لِرَبِّ المَالِ خُمُسًاها ، وللعَامِلِ خُمُسًاها ، ولِمالِ الْمُضَارَبَةِ خُمُسُها بالسُّدُوسِ الذى له ، فيُجْعَلُ مَالُ الْمُضَارَبَةِ كَشَرِيكِ آخَرَ ؛ لأنَّ حُكْمَهُ مُتَمَيِّزٌ عن مالِ كلِّ واحدٍ منهما .

فصل : فإن كانت الدائر بين ثلاثة أَثْلَانًا ، فاشْتَرَى أَجْنَبِيٌّ نصيبَ أحدهم ، فَطَالَبه أحدَ الشَّرِيكَيْنِ بِالشُّفْعَةِ ،^(١٥) اِقْطال : إِنْما اشْتَرَيْتَهُ لِشَرِيكِكَ . لم تُؤَثِّرْ هذه الدَّعْوَى في قَدْرِ ما يَسْتَحِقُّ من الشُّفْعَةِ^(١٥) ، فإنَّ الشُّفْعَةَ بين الشَّرِيكَيْنِ نَصْفَيْنِ ، سواء اشْتَرَاهَا الأَجْنَبِيُّ لِنَفْسِهِ ، أو لِشَرِيكِ الآخَرِ . وإن تَرَكَ الْمُطَالِبُ بِالشُّفْعَةِ حَقَّهُ منها ، بِنَاءً على هذا القولِ ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُهُ ، لم تُسْقُطْ شُفْعَتُهُ . وإن أَخَذَ نَصْفَ المَبِيعِ لذلك ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُ المُشْتَرَى ، وَعَفَا الشَّرِيكُ عن شُفْعَتِهِ ، فله أَخْذُ نصيبِهِ من الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ اقْتِصَارَهُ على أَخْذِ النُّصْفِ يُنْبِئُ^(١٦) على خَبَرِ المُشْتَرَى ، فلم يُؤَثِّرْ في^(١٤) إسقاطِ الشُّفْعَةِ ، واستَحَقَّ أَخْذَ الباقي لِعَفْوِ^(١٧) شَرِيكِه عنه . وإن اِمْتَنَعَ من أَخْذِ الباقي ، سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ كُلُّها ؛ لأنَّهُ لا يَمْلِكُ تَبْعِيضَ صَفْقَةِ المُشْتَرَى . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَسْقُطَ حَقُّه من النُّصْفِ الذى أَخَذَهُ ، ولا يَبْطُلُ أَخْذُهُ له ؛ لأنَّ المُشْتَرَى أَقْرَبُ بما تَضَمَّنَ اسْتِحْقَاقَهُ لذلك ، فلا يَبْطُلُ بِرُجُوعِهِ عن إقْراره . وإن أَنْكَرَ الشَّرِيكُ كَوْنَ الشَّرَاءِ له ، وَعَفَا عن شُفْعَتِهِ ، وَأَصْرَّ المُشْتَرَى على الإقْرارِ لِلشَّرِيكِ به^(١٨) ، فَلِلشُّفْعَةِ أَخْذُ الكُلِّ ؛ لأنَّهُ لا مُنَازَعَ له في

(١٤) سقط من : ب .

(١٥-١٥) سقط من : ب . نقلة نظر .

(١٦) في ب : : انتهى .

(١٧) في الأصل : : بغير .

استحقاقه ، وله الاقتصار على النصف ؛ لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك .

فصل : وإن قال أحد الشفيعين للمشتري : شراؤك باطل . وقال الآخر : هو صحيح . فالشفعة كلها للمعتز بالصححة . وكذلك إن قال : ما اشتريته ، إنما اتهمته . وصدقه الآخر أنه اشتراه ، فالشفعة للمصدق بالشراء ؛ لأن شريكه مسقط لحقه باعتزافه أنه لا بيع^(١٨) أو لا بيع^(١٩) صحيح . ولو اختال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها ، فقال أحد الشفيعين : قد أسقطت^(٢٠) الشفعة . توفرت على الآخر ، لإعتراف صاحبه بسقوطها . ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء^(٢١) ، أو ضمن عهد المبيع ، أو عفا عن الشفعة قبل البيع ، وقال : لا شفعة لي . كذلك^(٢٢) توفرت على الآخر .^(٢٣) وإن اعتقد أن له شفعة ، وطالب بها ، فارتفع^(٢٤) إلى حاكم ، فحكم بأنه لا شفعة له ، توفرت على الآخر^(٢٥) ؛ لأنها سقطت بحكم الحاكم ، فأشبه ما لو سقطت بإسقاط المستحق .

و ٥٨/٥

فصل : إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره ، فأنكره^(٢٦) ، ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى ، صح ، ووجب الشفعة في الثلث^(٢٧) المصالح به ؛ لأن المدعى يزعم أنه محق في دعواه ، وأن ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه ، فلزمه حكم دعواه ووجب الشفعة ، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه ؛ لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل ، وإنما دفع ثلث داره إلى المدعى اكتفاء لشره ، ودفعاً لضرر الخصومة واليمين على نفسه ، فلم تلزمه فيه شفعة . وإن قال المنكر للمدعى : أخذ الثلث الذي

(١٨-١٩) سقط من : م .

(١٩) في ب ، م : سقطت .

(٢٠) في ب : والشراء .

(٢١) في النسخ : لذلك .

(٢٢-٢٣) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٢٣) في الأصل ، م : فارتفع .

(٢٤) في م : فأنكر .

(٢٥) سقط من : الأصل .

تَدْعِيهِ بِثُلْثِ دَارِكَ . فَفَعَلَ ، فَلَا شُفْعَةَ عَلَى الْمُدْعَى فِيهَا أَخَذَهُ ، وَعَلَى الْمُنْكَرِ الشُّفْعَةَ فِي الثُّلُثِ الَّتِي أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ أَخَذَهُ عَوَضًا عَنْ مِلْكِهِ الثَّابِتِ لَهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تَجِبُ الشُّفْعَةُ ^(٢٦) فِي الثُّلُثِ الَّتِي أَخَذَهُ الْمُدْعَى أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُمَا مَعَاوِضَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ بِشِقَاصَيْنِ ، فَوَجِبَتِ الشُّفْعَةُ ^(٢٦) فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بَيْنَ مُقَرَّرَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُدْعَى يَزْعُمُ أَنَّ مَا أَخَذَهُ كَانَ مِلْكًا لَهُ قَبْلَ الصُّلْحِ ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ ^(٢٧) لَهُ عَلَيْهِ مِلْكٌ ، وَإِنَّمَا اسْتَنْقَذَهُ بِصُلْحِهِ ^(٢٨) ، فَلَمْ تَجِبْ فِيهِ شُفْعَةٌ كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِهِ ^(٢٩) .

فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثًا ، فاشتري أحدهم نصيبَ أحدِ شريكَيْهِ ، ثم باعه لأجنبيٍّ ، ثم عَلِمَ شريكُهُ ، فله أن يأخذ بالعقدَيْنِ ، وله الأخذُ ^(٣٠) بأحدهما ؛ لِأَنَّهُ شريكٌ فِيهِمَا . فَإِنْ أَخَذَ بِالْعَقْدِ الثَّانِي ، أَخَذَ جَمِيعَ مَا فِي يَدِ مُشْتَرِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَرِيكَ لَهُ فِي شُفْعَتِهِ . وَإِنْ أَخَذَ بِالْعَقْدِ ^(٣١) الْأَوَّلِ ^(٣٢) ، وَلَمْ يَأْخُذْ بِالثَّانِي ، أَخَذَ نِصْفَ الْمَبِيعِ ، وَهُوَ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ شَرِيكَهُ فِي شُفْعَتِهِ ، وَيَأْخُذُ نِصْفَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، وَنِصْفَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي ؛ لِأَنَّ شَرِيكَهُ لَمَّا اشْتَرَى الثُّلُثَ ، كَانَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ، فَإِذَا بَاعَ الثُّلُثَ مِنْ جَمِيعِ مَا فِي يَدِهِ ، وَفِي يَدِهِ ثَلَاثَانِ ، فَقَدْ بَاعَ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ ، وَالشُّفْعَةُ يَسْتَحِقُّ رُبْعَ مَا فِي يَدِهِ ، وَهُوَ السُّدُسُ ، فَصَارَ مُنْقَسِمًا فِي يَدَيْهِمَا نِصْفَيْنِ ، فَيَأْخُذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ ، وَهُوَ نِصْفُ السُّدُسِ ، وَيُدْفَعُ ثَمَنُهُ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِرُبْعِ الثَّمَنِ الَّتِي اشْتَرَى بِهِ ، وَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، ثُمَّ تَرْجِعُ إِلَى أَرْبَعَةٍ ، لِلشُّفْعَةِ نِصْفُ الدَّارِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ الرَّبْعُ . وَإِنْ أَخَذَ بِالْعَقْدَيْنِ ، أَخَذَ جَمِيعَ مَا فِي يَدِ الثَّانِي ، وَرُبْعَ مَا فِي يَدِ الْأَوَّلِ ، فَصَارَ لَهُ

(٢٦-٢٧) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٢٧) في ب : : يجدد .

(٢٨) في م : : يعلمه .

(٢٩) في ب : : له .

(٣٠-٣١) سقط من : الأصل .

(٣١) في الأصل : : بالأول .

ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدَّارِ ، وَلِشَرِيكَهِ الرَّبْعُ ، وَيُدْفَعُ إِلَى الْأَوَّلِ نِصْفَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَيُدْفَعُ إِلَى
 ٥٨/٥ ط الثاني ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ^(٣٢) الثاني ، وَيَرْجِعُ الثاني عَلَى الْأَوَّلِ بِرَبْعِ الثَّمَنِ الثاني^(٣٣) ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ
 نِصْفَ مَا اشْتَرَاهُ الْأَوَّلُ ، وَهُوَ السُّدُسُ ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ نِصْفُ الثَّمَنِ لَذَلِكَ ، وَقَدْ صَارَ نِصْفُ
 هَذَا النِّصْفِ فِي يَدِ الثَّانِي ، وَهُوَ رُبْعٌ مَا فِي يَدِهِ ، فَيَأْخُذُهُ مِنْهُ ، وَيَرْجِعُ الثاني عَلَى الْأَوَّلِ
 بِكَمِّهِ ، وَيَبْقَى الْمَأْخُودُ مِنَ الثَّانِي ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ مَا اشْتَرَاهُ ، فَأَخَذَهَا مِنْهُ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ
 الثَّمَنِ . وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي الثاني هُوَ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، لَا
 يَخْتَلِفُ . وَإِنْ كَانَتِ الدَّارُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ أَرْبَاعًا ، لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا ، وَلِلْآخَرَيْنِ نِصْفُهَا
 بَيْنَهُمَا ، فَاشْتَرَى صَاحِبُ النِّصْفِ مِنْ أَحَدِ شَرِيكَيْهِ رُبْعَهُ ، ثُمَّ بَاعَ رُبْعًا مِمَّا فِي يَدِهِ
 لِأَجْنَبِيٍّ ، ثُمَّ عَلِمَ شَرِيكَهُ فَأَخَذَ بِالْبَيْعِ الثاني ، أَخَذَ جَمِيعَهُ ، وَدَفَعَ إِلَى الْمُشْتَرِي ثَمَنَهُ .
 وَإِنْ أَخَذَ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَحْدَهُ ، أَخَذَ ثُلْثَ الْمَبِيعِ ، وَهُوَ نِصْفُ سُدُسٍ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ كُلَّهُ
 رُبْعٌ ، فَثُلْثُهُ نِصْفُ سُدُسٍ ، يَأْخُذُ ثُلْثَهُ^(٣٤) مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ ، وَثُلْثُهُ مِنَ الثَّانِي ،
 وَمَخْرُجُ ذَلِكَ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، النِّصْفُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تِسْعَةٌ ، فَلَمَّا
 اشْتَرَى صَاحِبُ النِّصْفِ تِسْعَةً ، كَانَتْ شَفَعَتُهَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكَهِ الَّذِي لَمْ يَبِعْ أَثْلًا ،
 لِشَرِيكَهِ ثُلْثُهَا ثَلَاثَةٌ ، فَلَمَّا بَاعَ صَاحِبُ النِّصْفِ ثُلْثَ مَا فِي يَدِهِ ، حَصَلَ فِي الْمَبِيعِ مِنَ
 الثَّلَاثَةِ ثُلْثُهَا ، وَهُوَ سَهْمٌ بَقِيَ فِي يَدِ الْبَائِعِ مِنْهَا سَهْمَانِ ، فَتَرَدُّ الثَّلَاثَةُ إِلَى الشَّرِيكِ ،
 وَيَصِيرُ فِي يَدِهِ اثْنَا عَشَرَ ، وَهِيَ الثُّلُثُ ، وَيَبْقَى فِي يَدِ الْمُشْتَرِي الثاني ثَمَانِيَةٌ ، وَهِيَ
 ثُسْعَانِ^(٣٥) ، وَفِي يَدِ صَاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعٍ^(٣٦) ، وَيُدْفَعُ
 الشَّرِيكُ الثَّمَنَ إِلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ^(٣٧) ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي الثاني عَلَيْهِ بِتُسْعِ الثَّمَنِ الَّذِي

(٣٢) فِي ب زِيَادَةٌ : : الثَّمَنِ .

(٣٣) فِي الْأَصْلُ : : الْأَوَّلُ ثَانِي مَرَّةً .

(٣٤) فِي الْأَصْلُ : : ثَلَاثِيَّةً .

(٣٥) فِي الْأَصْلُ : : سَبْعَانِ .

(٣٦) فِي الْأَصْلُ : : أَسْبَاعٍ .

(٣٧) فِي ب : : الثَّانِي .

اشْتَرَى بِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَخَذَ مِنْهُ تِسْعَ مِيعَةٍ . وَإِنْ أَخَذَ بِالْعَقْدَيْنِ ، أَخَذَ مِنَ الثَّانِي جَمِيعَ مَا فِي يَدِهِ ، وَأَخَذَ مِنَ الْأَوَّلِ نِصْفَ التَّسْعِ ، وَهُوَ سَهْمَانِ ، مِنْ سِتَّةِ وَثَلَاثِينَ ، فَيَصِيرُ فِي يَدِهِ عِشْرُونَ سَهْمًا ، وَهِيَ خَمْسَةُ أَتْسَاعٍ ^(٣٨) ، وَيَبْقَى فِي يَدِ الْأَوَّلِ سِتَّةَ عَشَرَ سَهْمًا ، وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَتْسَاعٍ ^(٣٨) ، وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ ثُلُثُ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَيُدْفَعُ إِلَى الثَّانِي ثَمَانِيَةَ أَتْسَاعٍ ^(٣٨) الثَّمَنِ الثَّانِي ، وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِتِسْعِ الثَّمَنِ الثَّانِي .

فصل : إِذَا كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، لَزِيْدٍ نِصْفُهَا ، وَلَعْمَرٍ ثُلُثُهَا ، وَلِبَكْرٍ سُدُسُهَا ، فَاشْتَرَى بَكْرٌ مِنْ زَيْدٍ ثُلُثَ الدَّارِ ، ثُمَّ بَاعَ عَمْرًا سُدُسَهَا / ، وَلَمْ يَعْلَمْ عَمْرُو ^(٣٩) بِشِرَاؤِهِ لِلثُّلُثِ ^(٣٩) ، ثُمَّ عَلِمَ ، فَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِحَقِّهِ مِنْ شَفْعَةِ الثُّلُثِ ، وَهُوَ ثَلَاثَاهُ ، وَذَلِكَ تِسْعًا الدَّارِ ، فَيَأْخُذُ مِنْ بَكْرٍ ثُلُثَي ذَلِكَ ، وَقَدْ حَصَلَ ثُلُثُهُ الْبَاقِي فِي يَدِهِ بِشِرَائِهِ لِلسُّدُسِ ، فَيَنْسَحُ بَيْعَهُ فِيهِ ، وَيَأْخُذُهُ بِشَفْعَةِ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ ، وَيَبْقَى مِنْ مِيعَةِ خَمْسَةٍ ^(٤٠) أَتْسَاعِهِ ، لَزِيْدٍ ثُلُثُ شَفْعَتِهِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا اثْنَلَاثًا . وَتَصِيحُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ مَائَةٍ وَاثْنَيْنِ وَسِتِّينَ سَهْمًا ، الثُّلُثُ الْمَبِيعُ أَرْبَعَةٌ وَخَمْسُونَ سَهْمًا ^(٤١) ، لَعْمَرٍ ثَلَاثَاهُ بِشَفْعَتِهِ سِتَّةَ وَثَلَاثُونَ سَهْمًا ، يَأْخُذُ ثُلُثِيهَا مِنْ بَكْرٍ ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ سَهْمًا ، وَثُلُثُهَا فِي يَدِهِ اثْنَا عَشَرَ سَهْمًا ، وَالسُّدُسُ الَّذِي اشْتَرَاهُ سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ سَهْمًا ^(٤٢) ، قَدْ أَخَذَ مِنْهَا اثْنَيْ عَشَرَ بِالشَّفْعَةِ ، بَقِيَ مِنْهَا خَمْسَةُ عَشَرَ ، لَهُ ثَلَاثَاهُ عَشْرَةٌ ، وَيَأْخُذُ مِنْهَا زَيْدٌ خَمْسَةً ، فَحَصَلَ لَزِيْدٍ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ سَهْمًا ، وَلِبَكْرٍ ثَلَاثُونَ سَهْمًا ، وَلَعْمَرٍ مَائَةٌ سَهْمٌ ، وَذَلِكَ نِصْفُ الدَّارِ وَتِسْعُهَا وَنِصْفُ تِسْعٍ ^(٤٢) تِسْعِهَا ، وَيُدْفَعُ عَمْرُو إِلَى بَكْرٍ ثُلُثَي الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ ^(٤٢)

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « أَسْبَاعٌ » .

(٣٩) فِي ب ، م : « بِشِرَاءِ الثُّلُثِ » .

(٤٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٤٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

الأول ، وعليه وعلى زَيْدِ خَمْسَةَ أَتْسَاعِ الثَمَنِ الباقي بينهما أَثْلَاثًا . وإن عَفَا عَمَرُو عَنْ شَفْعَةِ الثُّلُثِ ، فَشَفْعَةُ السُّدُسِ الذى اشْتَرَاهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ زَيْدٍ أَثْلَاثًا ، وَيَحْصُلُ لِعَمَرُو أَرْبَعَةُ أَتْسَاعِ الدَّارِ ، وَلِزَيْدٍ^(٤٣) تَسْعَاهَا ، وَلِبَكْرِ ثُلُثُهَا ، وَتَصِحُّ مِنْ تَسْعَةٍ^(٤٤) ، وَإِنْ بَاعَ بَكْرُ السُّدُسَ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَهُوَ كَيْبَعُهُ إِيَّاهُ لِعَمَرُو ، إِلَّا أَنْ لِعَمَرُو الْعَفْوَ عَنْ شَفْعَتِهِ فِي السُّدُسِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ هُوَ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ عَفْوُهُ عَنْ نَصِيبِهِ مِنْهَا . وَإِنْ بَاعَ بَكْرُ الثُّلُثَ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَلِعَمَرُو ثُلُثَا شَفْعَةِ الْمَبِيعِ الأولِ ، وَهُوَ الثُّسْعَانِ^(٤٥) ، يَأْخُذُ ثُلُثَهُمَا مِنْ بَكْرٍ ، وَثُلُثَهُمَا^(٤٦) مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي ، وَذَلِكَ تُسَعُّ وَثُلُثُ تُسَعِّ ، يَبْقَى فِي يَدِ الثَّانِي سُدُسٌ وَسُدُسٌ تُسَعِّ ، وَهُوَ عَشْرَةٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَخَمْسِينَ بَيْنَ عَمَرُو وَزَيْدٍ أَثْلَاثًا . وَتَصِحُّ أَيْضًا مِنْ مِائَةٍ وَاثْنَيْنِ وَسِتِّينَ ، وَيُدْفَعُ عَمَرُو إِلَى بَكْرٍ ثُلُثِي ثَمَنِ مَبِيعِهِ ، وَيُدْفَعُ هُوَ وَزَيْدٌ إِلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي ثَمَنَ خَمْسَةِ أَتْسَاعِ^(٤٧) مَبِيعِهِ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي عَلَى بَكْرٍ بَثْمَنَ أَرْبَعَةِ أَتْسَاعِ مَبِيعِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ عَمَرُو حَتَّى بَاعَ مِمَّا فِي يَدِهِ^(٤٨) سُدُسًا ، لَمْ تَبْطُلْ شَفْعَتُهُ ، فِي أَحَدِ الْوُجُوهِ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِهَا كَمَا لَوْ لَمْ يَبِيعْ شَيْئًا . الثَّانِي ، تَبْطُلُ شَفْعَتُهُ كُلُّهَا . وَالثَّالِثُ ، تَبْطُلُ فِي قَدَرِ مَا بَاعَ ، وَتَبْقَى فِيمَا لَمْ يَبِيعَ . وَقَدْ ذَكَرْنَا تَوْجِيهَ هَذِهِ الْوُجُوهِ . فَأَمَّا / شَفْعَةُ مَا بَاعَهُ فِيهَا ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا بَيْنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي وَزَيْدٍ وَبَكْرٍ أَرْبَاعًا ، لِلْمُشْتَرِي نِصْفُهَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رُبْعُهَا ، عَلَى قَدَرِ^(٤٩) أَمْلَاكِهِمْ حِينَ يَبِيعُهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهَا بَيْنَ زَيْدٍ وَبَكْرٍ ، عَلَى أَرْبَعَةِ عَشَرَ سَهْمًا ، لِزَيْدٍ تَسْعَةً ، وَلِبَكْرٍ خَمْسَةً ؛ لِأَنَّ لَزَيْدٍ السُّدُسَ ، وَلِبَكْرٍ سُدُسٌ يَسْتَحِقُّ مِنْهُ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهِ^(٥٠) بِالشَّفْعَةِ ، فَيَبْقَى مَعَهُ خَمْسَةُ أَتْسَاعِ^(٥١) السُّدُسِ ، مِلْكُهُ مُسْتَقَرٌّ عَلَيْهَا ، فَأَصْفَنَاهُ إِلَى سُدُسِ زَيْدٍ ،

ظ ٥٩/٥

(٤٣) في ب ، م : : لزيد « دون الولو .

(٤٤) في الأصل : « سبعة » خطأ .

(٤٥) في الأصل : « السبعان » .

(٤٦) في الأصل : « وثلثها » .

(٤٧) في م : « أسباع » .

(٤٨) في الأصل : « يديه » .

(٤٩) سقط من : م .

(٥٠) في الأصل : « أسباعه » .

(٥١) في الأصل : « أسباع » .

وَقَسَمْنَا الشُّفْعَةَ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ نُعْطِ الْمُشْتَرِيَ الثَّانِي وَلَا بَكْرًا بِالسَّهَامِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِالشُّفْعَةِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ عَلَيْهَا غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ . وَالثَّالِثُ ، إِنْ عَفَا لَهُمْ عَنِ الشُّفْعَةِ ، اسْتَحَقُّوا بِهَا . وَإِنْ أُخِذَتْ بِالشُّفْعَةِ لَمْ يَسْتَحِقُّوا بِهَا شَيْئًا . وَإِنْ عَفَا عَنْ بَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ ، اسْتَحَقَّ الْمَعْفُو عَنْهُ بِسَهَامِهِ دُونَ غَيْرِ الْمَعْفُو عَنْهُ . وَمَا بَطَلَتْ الشُّفْعَةُ فِيهِ بَيْعُ عَمْرٍو ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْفُو عَنْهُ ، فَيُخْرِجُ فِي قَدْرِهِ وَجْهَانِ . وَلَوْ اسْتَقْصَيْنَا فُرُوعَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ^(٥٢) عَلَى سَبِيلِ الْبَسْطِ ، لَطَالَ ، وَخَرَجَ ^(٥٣) إِلَى الْإِمْلَالِ .

فصل : وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَرْبَاعًا ، فَاشْتَرَى اثْنَانِ مِنْهُمْ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، اسْتَحَقَّ الرَّابِعُ الشُّفْعَةَ عَلَيْهِمَا ^(٥٤) ، وَاسْتَحَقَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُشْتَرِيَيْنِ الشُّفْعَةَ عَلَى صَاحِبِهِ . فَإِنْ طَالَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِشُفْعَتِهِ ، قُسِمَ الْمَبِيعُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، وَصَارَتِ الدَّارُ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ . وَإِنْ عَفَا الرَّابِعُ وَحْدَهُ ، قُسِمَ الْمَبِيعُ بَيْنَ الْمُشْتَرِيَيْنِ نِصْفَيْنِ . وَكَذَلِكَ إِنْ عَفَا الْجَمِيعُ عَنْ شُفْعَتِهِمْ ، فَيَصِيرُ لَهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدَّارِ ، وَلِلرَّابِعِ الرَّبْعُ بِحَالِهِ . وَإِنْ طَالَبَ الرَّابِعُ وَحْدَهُ ، أَخَذَ مِنْهَا نِصْفَ الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَهُ مِنَ الْمَلِكِ مِثْلُ مَا لِلْمُطَالِبِ ، فَشُفْعَةُ مَبِيعِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَفِيعِهِ نِصْفَيْنِ ، فَيَحْصُلُ لِلرَّابِعِ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِ الدَّارِ ، وَبَاقِيهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَتَصِيحُّ مِنْ سِتَّةَ عَشَرَ . وَإِنْ طَالَبَ الرَّابِعُ وَحْدَهُ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، قَاسَمَهُ الثَّمَنَ نِصْفَيْنِ ، فَيَحْصُلُ لِلْمَعْفُو عَنْهُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِ ، وَبِالْبَاقِي بَيْنَ الرَّابِعِ وَالْآخَرِ نِصْفَيْنِ ، وَتَصِيحُّ مِنْ سِتَّةَ عَشَرَ . وَإِنْ عَفَا أَحَدُ الْمُشْتَرِيَيْنِ ، وَلَمْ يَعْفُ الْآخَرُ وَلَا الرَّابِعُ ، قُسِمَ مَبِيعُ الْمَعْفُو عَنْهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّابِعِ نِصْفَيْنِ ، وَمَبِيعُ الْآخَرِ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، فَيَحْصُلُ لِلَّذِي لَمْ يَعْفُ عَنْهُ رُبْعٌ وَثُلُثُ ثَمَنِ ، وَذَلِكَ سُدُسٌ وَثَمَنٌ ، وَبِالْبَاقِي بَيْنَ الْآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وَتَصِيحُّ مِنْ ثَمَانِيَةِ وَأَرْبَعِينَ . وَإِنْ عَفَا الرَّابِعُ عَنْ / أَحَدِهِمَا ، وَلَمْ يَعْفُ أَحَدُهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ ، أَخَذَ مِمَّنْ لَمْ يَعْفُ عَنْهُ ثُلُثُ الثَّمَنِ ، وَبِالْبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَيَكُونُ الرَّابِعُ كَالْعَافِي فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَتَصِيحُّ أَيْضًا مِنْ ثَمَانِيَةِ وَأَرْبَعِينَ . وَإِنْ عَفَا الرَّابِعُ ،

٥٦٠/٥

(٥٢) سقط من : ب .

(٥٣) في ب : وأفضى .

(٥٤) في الأصل : عليها .

أو أحدهما^(٥٥) عن الآخر ، ولم يُعْفَ الآخر ، فلغير العاقي رُبْعٌ وسُدُسٌ ، والباقي بين العاقيين نصفين ، لكل واحد منهما سُدُسٌ وثُمْنٌ^(٥٦) ، ونَصِيحٌ من أربعة وعشرين . وما يُفَرِّغُ من المسائل فهو على مَسَاقٍ ما ذَكَرْنَاهُ .

٨٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا شُفْعَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ)

وجمله ذلك أنَّ الدِّمَى إِذَا بَاعَ شَرِيكُهُ شِقْصًا مُسْلِمًا ، فلا شُفْعَةَ لَهُ عَلَيْهِ . رَوَى ذلك عن الحسن^(١) ، والشَّعْبِي . وَرَوَى عن شُرَيْحٍ ، وعمر بن عبد العزيز ، أَنَّ لَهُ الشُّفْعَةَ . وبه قال النُّعْمِيُّ ، وإِبَاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، وَإِنْ بَاعَهُ ، وَلَمْ يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٢) . وَلأنَّه خِيَارٌ ثَابِتٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ بِالشَّرَاءِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، كَالرَّدِّ بِالْغَيْبِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ ، فِي كِتَابِ « الْعِلَلِ »^(٣) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا شُفْعَةَ لِنَصْرَانِيٍّ »^(٤) . وَهَذَا يَخُصُّ عُمُومَ مَا احْتَجُّوا بِهِ . وَلأنَّه مَعْنَى يَمْلِكُ بِهِ ، يَتَرْتَّبُ^(٥) عَلَى وُجُودِ مِلْكٍ مَخْصُوصٍ ، فَلَمْ يَجِبْ لِلدِّمَى عَلَى الْمُسْلِمِ ، كَالزَّكَاةِ . وَلأنَّه مَعْنَى يَخْتَصُّ^(٦) الْعَقَارَ ، فَأَشْبَهَ الْأَسْتِعْلَاءَ فِي الْبُنْيَانِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا ثَبَتَتْ لِلْمُسْلِمِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ مِلْكِهِ ، فَقُدِّمَ^(٧) دَفْعُ ضَرَرِهِ عَلَى دَفْعِ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي ، وَلَا يَلْزَمُ

(٥٥) فِي ب ، م : « وَأَحَدُهُمَا » .

(٥٦) فِي م : « ثَمْنٌ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْحَسَنِ » .

(٢) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٤٣٥ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « اللَّعَانِ » .

(٤) وَذَكَرَهُ الْهَيْثَمِيُّ ، فِي : بَابِ الشُّفْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . جَمْعُ الزَّوَادِ ٤ / ١٥٩ .

(٥) فِي ب : « مُتَرْتَّبٌ » .

(٦) فِي ب نَهَادَةٌ : « بِهِ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « وَقَامَ » .

من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي ، فإن حق المسلم أرجح ، ورعايته أولى . ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع ، على خلاف الأصل ، رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم ، فيبقى فيه على مقتضى الأصل . وثبتت الشفعة للمسلم على الذمي ؛ لعموم الأدلة الموجبة ، ولأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظيم حرمة^(٨) ، ورعاية حقه ، فلأن ثبتت على الذمي مع دناءته ، أولى وأخرى .

فصل : وثبتت للذمي على الذمي ؛ لعموم الأخبار ، ولأنهما تساويا في الدين والحرمة ، فثبت لأحدهما على الآخر ، كالمسلم على المسلم . / ولا نعلم في هذا خلافا . وإن تبايعوا بخمر أو خنزير ، وأخذ الشفيع^(٩) بذلك ، لم ينقض ما فعلوه . وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع ، وترافعوا إلينا ، لم نحكم له بالشفعة . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو الخطاب : إن تبايعوا بخمر ، وقلنا : هي مال لهم . حكمنا لهم بالشفعة . وقال أبو حنيفة : ثبتت الشفعة إذا كان الثمن خمرًا ؛ لأنها مال لهم ، فاشتبه ما لو تبايعوا بذرارهم ، لكن إن كان الشفيع ذميًا أخذ به مثله ، وإن كان مسلمًا أخذ به بقيمة الخمر . ولنا ، أنه ينع عقد بخمر ، فلم يثبت فيه الشفعة ، كما لو كان بين مسلمين ، ولأنه عقد بمن محرّم ، أشبه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم أن الخمر مال لهم ، فإن الله تعالى حرّمه ، كما حرّم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالًا كالخنزير ، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا ، لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدهونه في دينهم ، ما لم يتحاكموا إلينا قبل تمامه ، ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه .

فصل : فأما أهل البدع ، فمن حكم بإسلامه فله الشفعة ؛ لأنه مسلم ، فثبت له الشفعة ، كالفاسق بالأفعال ، ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك ، فيدخل

(٨) في ب : حقه .

(٩) في ب : الجميع .

فيها . وقد رَوَى حَزْبٌ أَنَّ أَحْمَدَ سُئِلَ عَنْ أَصْحَابِ^(١٠) الْبِدْعِ ، هَلْ لَهُمْ شُفْعَةٌ ، وَيُرَوَّى عَنْ ابْنِ إِدْرِيسَ ، أَنَّهُ قَالَ : لَيْسَ لِلرَّافِضَةِ شُفْعَةٌ ؟ فَضَحِكَ ، وَقَالَ : أَرَادَ أَنْ يُخْرِجَهُمْ مِنَ الْإِسْلَامِ . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ أَثْبَتَ لَهُمُ الشُّفْعَةَ . وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ الْعَلَاةِ مِنْهُمْ ، وَأَمَّا مَنْ غَلَا^(١١) ، كَالْمُعْتَقِدِ أَنَّ جَبْرِيلَ غَلِطَ فِي الرِّسَالَةِ فَجَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، وَإِنَّمَا أُرْسِلَ إِلَى عَلِيٍّ ، وَنَحْوِهِ ، وَمَنْ حَكِمَ بِكُفْرِهِ مِنَ الدُّعَاةِ إِلَى الْقَوْلِ بِخَلْقِ الْقُرْآنِ ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ إِذَا لَمْ تُثَبِّتْ لِلذَّمِّ الَّذِي يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ ، فَغَيْرُهُ أَوْلَى .

فصل : وَتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ لِلْبَدَوِيِّ عَلَى الْقَرَوِيِّ ، وَلِلْقَرَوِيِّ عَلَى الْبَدَوِيِّ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ وَابْنُ تَيْمِيَّةٍ : لَا شُفْعَةَ لِمَنْ لَمْ يَسْكُنِ الْمِصْرَ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَدِلَّةِ ، وَاشْتِرَاكُهُمَا فِي الْمَعْنَى الْمُقْتَضِي لَوْجُوبِ الشُّفْعَةِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ : لَا تَرَى فِي أَرْضِ السَّوَادِ شُفْعَةً ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ أَرْضَ السَّوَادِ مَوْقُوفَةٌ ، وَقَفَّهَا عَمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهَا ، وَالشُّفْعَةُ إِنَّمَا تَكُونُ فِي الْبَيْعِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي سَائِرِ الْأَرْضِ الَّتِي وَقَفَّهَا عَمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَهِيَ الَّتِي / فُتِحَتْ عَنْوَةٌ فِي زَمَانِهِ ، وَلَمْ يُقَسِّمْهَا ، كَأَرْضِ الشَّامِ ، وَأَرْضِ مِصْرَ . وَكَذَلِكَ كُلُّ أَرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةٌ ، وَلَمْ تُقَسِّمْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ ، إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُ ذَلِكَ حَاكِمٌ ، أَوْ يَفْعَلَهُ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ ، تَبَيَّنَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ فَضَّلَ الْمُخْتَلَفَ فِيهِ ، وَمَتَى حَكَمَ الْحَاكِمُ فِي الْمُخْتَلَفِ فِيهِ بِشَيْءٍ ، نَفَذَ حُكْمَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٠) فِي ب : « أَهْلٌ » .

(١١) فِي ب : « غَالِي مِنْهُمْ » .

كتاب المساقاة

المُساقَاةُ : أن يَدْفَعَ الرَّجُلُ شَجَرَهُ إِلَى آخَرَ ، لِيَقُومَ بِسَقْيِهِ ، وَعَمَلٍ سَائِرٍ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ لَهُ ^(١) مِنْ ثَمَرِهِ . وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ مُساقَاةً لِأَنَّهَا مُفَاعَلَةٌ مِنَ السَّقْيِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْحِجَازِ أَكْثَرَ حَاجَةٍ شَجَرِهِمْ إِلَى السَّقْيِ ، لِأَنَّهُمْ يَسْتَقُونُ ^(٢) مِنَ الْآبَارِ ، فَسُمِّيَتْ بِذَلِكَ . وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِهَا ^(٣) السَّنَةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَّا السَّنَةُ ، فَمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمَرَ . رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : عَامَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا ، مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ . حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ ، فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَعَنْ آبَائِهِ : عَامَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ بِالشَّطْرِ ^(٥) ، ثُمَّ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، ثُمَّ أَهْلُهُمْ إِلَى الْيَوْمِ يُعْطُونَ الثَّلْثَ وَالرَّبْعَ . وَهَذَا عَمِلَ بِهِ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ فِي مُدَّةِ خِلَافَتِهِمْ ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ ، فَلَمْ يَنْكَرْهُ مُنْكَرٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . فَإِنْ قِيلَ : لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَمْ يَنْكَرْهُ مُنْكَرٌ ، فَإِنَّ

(١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل : « يسقون » .

(٣) في ب : « وجوبها » خطأ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب المزارعة بالشطر ونحوه ، وباب إذا لم يشترط السنين في المزارعة ، من كتاب : الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ٣ / ١٣٧ ، ١٣٨ . ومسلم ، في : باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المساقاة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٥ . والترمذي ، في : باب ما ذكر في المزارعة ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٥٣ . وابن ماجه ، في : باب معاملة النخيل والكرم ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ . والدارمي ، في : باب أن النبي ﷺ عامل خيبر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٧٠ . والإمام أحمد ، في المسند ٢ / ١٧ ، ٢٢ ، ٣٧ ، ١٥٧ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب المزارعة بالشطر ونحوه ، من كتاب : الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ٣ / ١٣٧ .

عبد الله بن عمر راوى حديث مُعَامَلَةَ أَهْلِ خَيْبَرَ ، قد رَجَعَ عنه ، وقال : كُنَّا نَخَافُ أَنْ رُبْعِينَ سَنَةً ، حتى حَدَّثَنَا رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُخَابَرَةِ ^(٦) . وهذا يَمْنَعُ انْعِقَادَ الإجماع ، ويدُلُّ على نَسْخِ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ ، لِجُرُوعِهِ عَنِ الْعَمَلِ بِهِ إِلَى حَدِيثِ رَافِعٍ ^(٧) . قلنا : لا يَجُوزُ حَمْلُ حَدِيثِ رَافِعٍ عَلَى مَا يُخَالِفُ الإجماعَ ، وَلَا حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَزَلْ يُعَامِلُ أَهْلَ خَيْبَرَ حَتَّى مَاتَ ، ثُمَّ عَمِلَ بِهِ الْخُلَفَاءُ بَعْدَهُ ، ثُمَّ مَنْ بَعْدَهُمْ ، فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ نَهْيُ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ شَيْءٍ يُخَالِفُهُ ؟ أَمْ كَيْفَ يُعْمَلُ بِذَلِكَ فِي عَصْرِ الْخُلَفَاءِ وَلَمْ يُخْبِرْهُمْ مَنْ سَمِعَ النَّهْيَ ^(٨) عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَهُوَ حَاضِرٌ مَعَهُمْ ، وَعَالِمٌ بِفِعْلِهِمْ ، فَلَمْ يُخْبِرْهُمْ ، فَلَوْ صَحَّ خَبَرُ رَافِعٍ لَوَجَبَ حَمْلُهُ عَلَى مَا يُوَافِقُ السُّنَّةَ وَالْإجماعَ . عَلَى أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ فِي تَفْسِيرِ خَبَرِ رَافِعٍ عَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ قَوْلِنَا ، فَرَوَى الْبُخَارِيُّ ^(٩) ، بِإِسْنَادِهِ قَالَ : كُنَّا نُكْرِى الْأَرْضَ / بِالنَّاحِيَةِ مِنْهَا تُسَمَّى لِسَيِّدِ الْأَرْضِ ، فَمِمَّا ^(١٠) يُصَابُ ذَلِكَ وَتَسْلَمُ الْأَرْضُ ، وَمِمَّا ^(١١) تُصَابُ الْأَرْضُ وَيَسْلَمُ ذَلِكَ ، فَتُهِينَا ، فَأَمَّا الذَّهَبُ وَالْوَرِقُ فَلَمْ يَكُنْ يَوْمَيْذٍ . وَرَوَى تَفْسِيرُهُ أَيْضًا

٦١/٥ ط

(٦) أخرجه مسلم ، فى : باب كراء الأرض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨١ . وأبو داود ، فى : باب فى التشديد فى ذلك ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣٢ ، ٢٣٣ . والنسائى ، فى أول كتاب المزارعة ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٤١ - ٤٥ . وابن ماجه ، فى : باب المزارعة بالثلث والربع ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١٩ . والإمام أحمد فى : المسند ١ / ٢٣٤ ، ٤ / ١٤٢ .

(٧-٧) سقط من : الأصل ، م .

(٨-٨) سقط من : الأصل ، ب .

(٩) فى : باب حدثنا محمد ... ، من كتاب الحرث والمزارعة ، وفى : باب الشروط فى المزارعة ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ٣ / ١٣٧ ، ٢٤٩ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب كراء الأرض بالذهب والورق ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٣ . وأبو داود ، فى : باب فى المزارعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٣١ ، ٢٣٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر الأحاديث المختلفة فى النسي عن الكراء ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٩ ، ٤٠ . وابن ماجه ، فى : باب الرخصة فى كراء الأرض البيضاء بالذهب والفضة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢١ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى كراء الأرض ، من كتاب كراء الأرض . الموطأ ٢ / ٧١١ .

(١٠) فى : م : « فرمى » ، « ورما » . والمثبت فى : الأصل ، ب ، وصحيح البخارى .

(١١) بشيء غير^(١١) هذا من أنواع الفساد ، وهو مضطرب جدًا . قال الأثرم : سَمِعْتُ أبا عبد الله يُسْأَلُ عَنْ حَدِيثِ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ ، نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ الْمُزَارَعَةِ . فَقَالَ : رَافِعٌ رَوَى عَنْهُ فِي هَذَا ضُرُوبٌ . كَأَنَّهُ يُرِيدُ^(١٢) أَنَّ اخْتِلَافَ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ يُوْهِنُ حَدِيثَهُ . وَقَالَ طَاوُسٌ : إِنَّ أَعْلَمَهُمْ - يَعْنِي ابْنَ عَبَّاسٍ - أَخْبَرَنِي ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَنْهَ عَنْهُ ، وَلَكِنْ قَالَ : « لَأَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ أَرْضَهُ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَجًا مَعْلُومًا » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ^(١٣) . وَأَنْكَرَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ حَدِيثَ رَافِعٍ عَلَيْهِ^(١٤) . فَكَيْفَ يَجُوزُ نَسْخُ أَمْرِ فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ حَتَّى مَاتَ وَهُوَ يَفْعَلُهُ ، ثُمَّ أَجْمَعَ عَلَيْهِ خُلَفَاؤُهُ وَأَصْحَابُهُ بَعْدَهُ ، بِخَبَرٍ لَا يَجُوزُ الْعَمَلُ بِهِ ، وَلَوْ لَمْ يُخَالِفْهُ غَيْرُهُ ! وَرُجُوعُ ابْنِ عُمَرَ إِلَيْهِ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ شَيْءٍ مِنَ الْمُعَامَلَاتِ الْفَاسِدَةِ الَّتِي فَسَّرَهَا رَافِعٌ فِي حَدِيثِهِ . وَأَمَّا غَيْرُ ابْنِ عُمَرَ فَقَدْ أَنْكَرَ عَلَى رَافِعٍ ، وَلَمْ يَقْبَلْ حَدِيثَهُ ، وَحَمَلَهُ عَلَى أَنَّهُ غَلَطَ فِي رِوَايَتِهِ . وَالْمَعْنَى يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ؛ فَإِنَّ كَثِيرًا مِنْ أَهْلِ التَّخِيلِ وَالشَّجَرِ يَعْجِزُونَ عَنْ عِمَارَتِهِ وَسَقِيهِ ، وَلَا يُمَكِّنُهُمُ الْاسْتِغْجَارُ عَلَيْهِ ، وَكَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ لَا شَجَرَ لَهُمْ ، وَيَحْتَاجُونَ إِلَى الثَّمَرِ ، فَفِي تَجْوِيزِ الْمُسَاقَاةِ دَفْعٌ لِلْحَاجَتَيْنِ ، وَتَحْصِيلٌ لِمَصْلَحَةِ الْفِتْنَتَيْنِ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالْمُضَارَبَةِ بِالْأَثْمَانِ .

(١١-١١) في ب : « بغير » .

(١٢) في م : « يراد » .

(١٣) أخرجه البخاري ، في : باب حدثنا علي بن عبد الله ... ، من كتاب الحرث والمزارعة ، وفي : باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسى بعضهم بعضا في المزارعة والثمار ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٣ / ١٣٨ ، ١٤١ . ومسلم ، في : باب الأرض تمنح ، من كتاب البيوع ٣ / ١١٨٤ ، ١١٨٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المزارعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣١ . والنسائي ، في : باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض ... ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٣ . وابن ماجه ، في : باب الرخصة في المزارعة ... ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٣٤ ، ٢٨١ ، ٣٤٩ .

(١٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في المزارعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣١ . والنسائي ، في : كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٤٧ . وابن ماجه ، في : باب ما يكره من المزارعة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ١٨٢ ، ١٨٧ .

٨٨٦ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَتَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَالكَرْمِ
بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ ، يُجْعَلُ لِلْعَامِلِ مِنَ الثَّمَرِ)

وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر . هذا قول الخلفاء
الراشدين ، رضي الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيب ، وسالم^(١) ، ومالك ،
والثوري ، والأوزاعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال داود : لا
يجوز إلا في النخيل ؛ لأن الخبر إنما ورد بها فيه . وقال الشافعي : لا يجوز إلا في النخيل
والكرم ؛ لأن الزكاة تجب في ثمرتهما^(٢) ، وفي سائر الشجر قولان ؛ أحدهما ، لا يجوز
فيه ؛ لأن الزكاة لا تجب في ثمراته ، فأشبهه ما لا ثمرة له . وقال أبو حنيفة ، وزفر : لا تجوز
بحال ؛ لأنها إجارة بثمر لم تخلق ، أو إجارة بثمر مجهول ، أشبه إجارة نفسه بثمر
غير الشجر الذي يسقيه . ولنا ، السنة ، والإجماع ، ولا يجوز التعويل على ما
خالفهما . وقولهم : إنها / إجارة . غير صحيح ، إنما هو عقد على العمل في المال ٦٢/٥
ببعض ثمراته ، فهي^(٣) كالْمُضَارَبَةِ . وينكسر ما ذكره بالمضاربة ؛ فإنه يعمل في المال
بثمراته ، وهو معذور مجهول ، وقد جاز بالإجماع ، وهذا في معناه . ثم قد جوز الشارع
العقد في الإجارة على المنافع المعذومة للحاجة ، فلم لا يجوز على الثمرة المعذومة
للحاجة ، مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه ، أو
المجمع عليه ، فأما في إبطال نص ، وخرق إجماع بقياس نص آخر ، فلا سبيل إليه .
وأما تخصيص ذلك بالنخيل ، أو به والكرم ، فيخالف عموم قوله : عامل رسول الله

(١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل ، م : « ثمرتها » .

(٣) في ب ، م : « فهو » .

عَلَيْهِ أَهْلٌ خَيْرٌ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ^(٤) مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرٍ^(٥) . وهذا عامٌّ في كلِّ ثَمَرٍ ، ولا تَكَادُ بِلَدَّةٍ ذَاتُ أَشْجَارٍ تَخْلُو مِنْ^(٦) شَجَرٍ غَيْرِ النَّخِيلِ ، وقد جاء في لَفْظٍ بعضُ الْأَخْبَارِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْرٍ بِشَطْرِ مَا^(٧) يَخْرُجُ^(٨) مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ ، ولأنَّه شَجَرٌ يَتِمُّ كُلُّ حَوْلٍ ، فَاشْتَبَهَ النَّخِيلَ وَالكَرْمَ ، ولأنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى الْمُسَاقَاةِ عَلَيْهِ ، كَالنَّخْلِ وَأَكْثَرُ ؛ لِكَثْرَتِهِ ، فَجَازَتْ الْمُسَاقَاةُ عَلَيْهِ كَالنَّخْلِ ، وَوُجُوبُ الزَّكَاةِ لَيْسَ مِنَ الْعِلَّةِ الْمُجَوِّزَةِ لِلْمُسَاقَاةِ ، وَلَا أَثَرُ لَهُ فِيهَا ، وَإِنَّمَا الْعِلَّةُ فِي^(٩) مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَأَمَّا مَا لَا تَمَرُّ لَهُ مِنَ الشَّجَرِ ، كَالصَّنْفَصَافِ وَالْجَوْزِ وَنَحْوِهِمَا ، أَوْ لَهُ ثَمَرٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ ، كَالصَّنَوْبَرِ وَالْأَرْزِ ، فَلَا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ عَلَيْهِ . وبه قال مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ، وَلَأنَّ الْمُسَاقَاةَ إِنَّمَا تَكُونُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرَةِ ، وَهَذَا لَا ثَمَرَةَ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُقْصَدُ وَرَقُهُ^(١٠) أَوْ زَهْرُهُ^(١١) كَالثُّوْبِ وَالْوَرْدِ ، فَالْقِيَاسُ يَقْتَضِي جَوَازَ الْمُسَاقَاةِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الثَّمَرِ ، لَكُونِهِ^(١٢) نَمَاءً يَتَكَرَّرُ كُلُّ عَامٍ ، وَيُمْكِنُ أَخْذُهُ وَالْمُسَاقَاةُ عَلَيْهِ بِجُزْءٍ مِنْهُ ، فَيُثَبِّتُ لَهُ مِثْلُ حُكْمِهِ .

فصل : وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى ثَمَرَةٍ مَوْجُودَةٍ ، فَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهَا رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَجُوزُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلُ^(١٣) مَالِكٍ ، وَأَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ، وَأَبِي

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) اللفظ الأول تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٧ .

واللفظ الثاني أخرجه أبو داود ، في : باب في المساقاة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٥ . وابن

ماجه ، في : باب معاملة النخيل والكرم ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ .

(٦-٦) في الأصل : « عن » .

(٧) في الأصل : « مما » .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩-٩) سقط من : م .

(١٠) في م : « لأنه » .

(١١) في م : « وهو قول » .

٦٢/٥ ظ لم يَجْزُ ، بغير خِلافٍ . والثانية ، لا تَجُوزُ . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأنه ليس /
بمَنْصُوصٍ عليه ، ولا في مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامِلٌ أَهْلٌ خَيْرٌ عَلَى الشَّطْرِ
مِمَّا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ ، وَلَئِنْ هَذَا يُفْضَى إِلَى أَنْ يَسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ عَوْضًا مَوْجُودًا يَنْتَقِلُ
الْمِلْكُ فِيهِ عَنْ رَبِّ الْمَالِ إِلَى الْمُسَاقَى . فلم يَصِحَّ ، كما لو بَدَأَ صَلاَحُ الثَّمَرَةِ ، وَلَئِنْ عَقْدُ
عَلَى الْعَمَلِ فِي الْمَالِ بِبَعْضِ نَمَائِهِ ، فلم يَجْزُ بَعْدَ ظُهُورِ النَّمَاءِ ، كَالْمُضَارَبَةِ ، وَلَئِنْ هَذَا
يُجْعَلُ ^(١٢) الْعَقْدُ إِجَارَةً بِمَعْلُومٍ ^(١٣) وَمَجْهُولٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اسْتَأْجَرَهُ عَلَى الْعَمَلِ
بِذَلِكَ . وقولهم : إِنَّهُ أَقْلُ غَرَرًا . قلنا : قِلَّةُ الْغَرَرِ لَيْسَتْ مِنَ الْمُقْتَضَى لِلْجَوَازِ ، وَلَا
كَثْرَتُهُ الْمَوْجُودَةُ فِي مَحَلِّ النَّصِّ ^(١٤) مَانِعَةٌ ، فَلَا تُؤَثِّرُ قِلَّتُهُ شَيْئًا ، وَالشَّرْعُ وَرَدَ بِهِ عَلَى
وَجْهِ لَا يَسْتَحَقُّ الْعَامِلُ فِيهِ عَوْضًا مَوْجُودًا . وَلَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ مِنْ مِلْكِ رَبِّ الْمَالِ شَيْءٌ ،
وَإِنَّمَا يَحْدُثُ النَّمَاءُ الْمَوْجُودُ عَلَى مِلْكِهِمَا . على مَا شَرَطَاهُ ، فلم تَجْزُ مُخَالَفَةُ هَذَا
الْمَوْضُوعِ ، وَلَا إِبْثَاتُ عَقْدٍ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ إِلْحَاقًا بِهِ ، كما لو بَدَأَ صَلاَحُ ^(١٥) الثَّمَرَةِ ،
وَكَالْمُضَارَبَةِ ^(١٦) بَعْدَ ظُهُورِ الرَّبْعِ .

فصل : فَأَمَّا قَوْلُ الْخِرَقِيِّ : « بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ يُجْعَلُ لِلْعَامِلِ مِنَ الثَّمَرِ » . فَيَدُلُّ عَلَى
شَيْئَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْمُسَاقَاةَ لَا تَصِحُّ إِلَّا عَلَى جُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنَ الثَّمَرَةِ مُشَاعٍ ،
كَالتَّنْصِيفِ وَالثُّلُثِ ، لِحَدِيثِ ابْنِ عَمَرَ : عَامِلٌ أَهْلٌ خَيْرٌ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا . وَسَوَاءٌ

(١٢) في م : « جعل » .

(١٣) في الأصل : « معلوم » .

(١٤) في ب : « النزاع » .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) سقطت الواو من : م .

قُلُ الْجُزْءِ أَوْ كَثُرَ ، فَلَوْ شَرَطَ لِلْعَامِلِ جُزْءًا مِنْ مِائَةِ جُزْءٍ ، وَجَعَلَ جُزْءًا مِنْهَا لِنَفْسِهِ
وَالْبَاقِي ، لِلْعَامِلِ ، جَائِزٌ ، مَا لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ حِيلَةً ، وَكَذَلِكَ إِنْ عَقَدَهُ عَلَى أَجْزَاءِ مَعْلُومَةٍ ،
كَالْخُمْسَيْنِ . وَثَلَاثَةِ أَثْمَانٍ ، أَوْ سُدُسٍ وَنِصْفٍ سَبْعٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، جَائِزٌ . وَإِنْ عَقَدَ
عَلَى جُزْءٍ مِنْهُمْ ، كَالسَّهْمِ وَالْجُزْءِ وَالنَّصِيبِ وَالْحِظِّ وَنَحْوِهِ ، لَمْ تَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ
مَعْلُومًا لَمْ تُمَكِّنِ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمَا . وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى أَصْحٍ مَعْلُومَةٍ ، أَوْ جَعَلَ مَعَ الْجُزْءِ الْمَعْلُومِ
أَصْحًا ، لَمْ تَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ رِمَا لَمْ يَخْصُلْ ذَلِكَ ، أَوْ لَمْ يَخْصُلْ غَيْرُهُ ، فَيَسْتَضِرُّ رَبُّ الشَّجَرِ
وَرِمَا^(١٧) كَثُرَ الْحَاصِلُ فَيَسْتَضِرُّ الْعَامِلُ . وَإِنْ شَرَطَ لَهُ ثَمَرَ تَحْلَاتٍ بَعْضُهَا ، لَمْ يَجُزْ ؛
لَأَنَّهُمَا قَدْ لَا تَحْمِلُ ، فَتَكُونُ الثَّمَرَةُ كُلُّهَا لِرَبِّ الْمَالِ ، وَقَدْ لَا تَحْمِلُ غَيْرُهَا ، فَتَكُونُ الثَّمَرَةُ
كُلُّهَا لِلْعَامِلِ ، وَلِهَذَا الْعِلَّةُ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الْمُزَارَعَةِ الَّتِي يَجْعَلُ فِيهَا لِرَبِّ الْأَرْضِ^(١٨)
مَكَانًا مُعَيَّنًا ، وَلِلْعَامِلِ مَكَانًا مُعَيَّنًا . قَالَ رَافِعٌ : كُنَّا نُكْرِي الْأَرْضَ ، عَلَى أَنَّ لَنَا هَذِهِ ،
وَلَهُمْ هَذِهِ . فَرُبَّمَا أَخْرَجَتْ هَذِهِ وَلَمْ تُخْرِجْ هَذِهِ ، فَتَهَانَا عَنْ ذَلِكَ ، فَأَمَّا الذَّهَبُ وَالْوَرِقُ
فَلَمْ يَنْهَنَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٩) . فَمَتَى شَرَطَ شَيْئًا^(٢٠) مِنْ هَذِهِ الشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ ، فَسَدَتْ
الْمُسَاقَاةُ ، وَالثَّمَرَةُ كُلُّهَا لِرَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُمَا تَمَاءُ مِلْكِهِ . وَلِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ، كَالْمُضَارَبَةِ
/ الْفَاسِدَةِ . الثَّانِي ، أَنَّ الشَّرْطَ لِلْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْمَّا يَأْخُذُ بِالشَّرْطِ ، فَالشَّرْطُ يُرَادُّ
لِأَجْلِهِ ، وَرَبُّ الْمَالِ يَأْخُذُ بِمَالِهِ لَا بِالشَّرْطِ ، فَإِذَا قَالَ : سَاقَيْتُكَ ، عَلَى أَنَّ لَكَ ثُلْثَ
الثَّمَرَةِ . صَحَّ ، وَكَانَ الْبَاقِي لِرَبِّ الْمَالِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَنَّ لِي ثُلْثَ الثَّمَرَةِ . فَقَالَ ابْنُ
حَامِدٍ : يَصِحُّ ، وَالْبَاقِي لِلْعَامِلِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ . وَقَدْ ذَكَرْنَا تَعْلِيلَ ذَلِكَ فِي
الْمُضَارَبَةِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ لِمَنْ هُوَ مِنْهُمَا ، فَهُوَ لِلْعَامِلِ ، لِأَنَّ الشَّرْطَ
يُرَادُّ لِأَجْلِهِ^(٢١) ، كَمَا ذَكَرْنَا .

٦٣/٥ و

(١٧) فِي م : أَوْ رِمَا .

(١٨) فِي ب : الْمَالُ .

(١٩) تَقْدِمُ تَفْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٢٨ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : لِلْعَامِلِ .

فصل : وإذا كان في البُستانِ شَجَرٌ من أجناسٍ ، كالتِّينِ ، والزَّيْتُونِ ، والكَرْمِ ، والرُّمَّانِ ، فشرطٌ للعامل^(٢٢) من كلِّ جنسٍ قَدْرًا ، كِنَصْفِ ثَمَرِ التِّينِ ، وثلثِ الزَّيْتُونِ ، ورُبْعِ الكَرْمِ ، وخُمْسِ الرُّمَّانِ ، أو كان فيه أنواعٌ من جنسٍ ، فشرط^(٢٣) من كلِّ نوعٍ قَدْرًا ، وهما يَعْرِفَانِ^(٢٤) قَدْرَ كلِّ نوعٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّ ذلكَ كَأَرْبَعَةِ بَسَاتِينٍ ، ساقاهُ على كلِّ بستانٍ بِقَدْرِ مُخَالَفِ اللَّقْدَرِ الْمَشْرُوطِ مِنَ الْآخَرِ . وإن لم يَعْلَمَا قَدْرَهُ ، أو لم يَعْلَمْ أَحَدُهُمَا ، لم يَجْزُ ؛ لأنَّه قد يكونُ أَكْثَرُ ما في البُستانِ من النَّوعِ الذي شُرِطَ فيه القَلِيلُ . أو أَكْثَرُهُ ممَّا شُرِطَ فيه الكَثِيرُ . ولو قال : ساقَيْتُكَ على هذينِ البُستانَيْنِ ، بالنَّصْفِ من هذا ، والثلثِ من هذا . صَحَّ ؛ لأنها صَفَقَةٌ وَاحِدَةٌ ، جَمَعْتَ عَوْضَتَيْنِ ، فصارَ كأنَّه قال : بِعْتُكَ دَارِيَّ هَاتَيْنِ ، هذه بَالْفِ ، وهذه بِمَائَةٍ . وإن قال : بالنَّصْفِ من أَحَدِهِمَا ، والثلثِ مِنَ الْآخَرِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ ، لا يُدْرَى أَيُّهُمَا الذي يَسْتَحِقُّ نِصْفَهُ ، ولا الذي يَسْتَحِقُّ ثُلْثَهُ^(٢٥) . ولو ساقاهُ على بستانٍ واحدٍ ، نِصْفُهُ هذا بالنَّصْفِ ، ونِصْفُهُ هذا بالثلثِ . وهما مُتَمَيِّزَانِ ، صَحَّ ؛ لأنَّهما كِبُستانَيْنِ .

فصل : وإن كان البُستانُ لِاثْنَيْنِ ، فساقِيًا عَامِلًا وَاحِدًا ، على أنْ له نِصْفَ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وثلثَ نَصِيبِ الْآخَرِ ، والعاملُ عَالِمٌ بِنَصِيبِ كُلِّ واحدٍ منهما ، جَازَ ؛ لأنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مع الْاِثْنَيْنِ عَقْدَانِ . ولو أَفْرَدَ كُلَّ واحدٍ منهما بِعَقْدٍ ، كان له أنْ يَشْرطَ^(٢٦) ما اتَّفَقَا عليه . وإن جَهِلَ نَصِيبَ كُلِّ واحدٍ منهما ، لم يَجْزُ ؛ لأنَّه غَرَرٌ ، فَإِنَّه قد يَقِلُّ نَصِيبُ مَنْ شَرَطَ النَّصْفَ ، فَيَقِلُّ حَظُّهُ ، وقد يَكْثُرُ ، فَيَتَوَفَّرُ حَظُّهُ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَا قَدْرًا وَاحِدًا مِنْ مَالِهِمَا جَازَ ، وإن لم يَعْلَمْ قَدْرَ مَالِ كُلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنها جَهَالَةٌ لا غَرَرَ فِيهَا وَلَا

(٢٢) في ب : « العامل » .

(٢٣) في ب زيادة : « للعامل » .

(٢٤) في م : « يعلمان » .

(٢٥) من هنا إلى قوله : « كبستانين » . سقط من : ب .

(٢٦) في م : « شرط » .

ضَرَرَ ، فصار^(٢٧) كما لو قالوا : بِعْنَاكَ دَارَنَا هَذِهِ بِالْإِف . ولم يَعْلَمْ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ أَيْ نَصِيبٍ / كَانَ ، فَقَدْ عِلِمَ عَوَضَهُ ، وَعِلِمَ جُمْلَةَ الْمَبِيعِ ، فَصَحَّ .
كذلك ههنا . ولو ساقى واحدًا اثنتين ، جَازَ ، ويجوزُ أن يَشْرُطَ لهما التَّساوَى في النَصِيبِ ، ويجوزُ أن يَشْرُطَ لأحدهما أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ .

٦٣/٥ ط

فصل : ولو ساقاه ثلاثَ سِنِينَ ، على أن له في الأولى النصفَ ، وفي الثانية الثلثَ ، وفي الثالثة الربعَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ قَدْرَ مَالِهِ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَعْلُومٌ ، فَصَحَّ ، كما لو شَرَطَ له من كُلِّ تَوْعٍ قَدْرًا .

فصل : ولو دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ بُسْتَانًا ، فقال : مَا زَرَعْتَ فِيهِ^(٢٨) مِنْ حِنْطَةٍ فَلِي رُبْعُهُ ، وَمَا زَرَعْتَ مِنْ شَعِيرٍ فَلِي ثُلُثُهُ ، وَمَا زَرَعْتَ مِنْ بَاقِلًا فَلِي نِصْفُهُ . لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ مَا يَزْرَعُهُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ مَجْهُولُ الْقَدْرِ ، فَجَرَى مَجْرَى مَالِهِ^(٢٩) شَرَطَ لَهُ^(٣٠) فِي الْمُسَاقَاةِ ثُلُثَ هَذَا التَّوَعِ ، وَنِصْفَ هَذَا^(٣١) التَّوَعِ الْآخَرَ ، وَهُوَ جَاهِلٌ بِمَا فِيهِ مِنْهُمَا .
وإن قال : إن زَرَعْتُهَا حِنْطَةً فَلِي رُبْعُهَا ، وإن زَرَعْتُهَا شَعِيرًا فَلِي ثُلُثُهَا ، وإن زَرَعْتُهَا بَاقِلًا فَلِي نِصْفُهَا . لم يَصِحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَذَرِي مَا يَزْرَعُهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ بِعَشْرَةِ صِحَاحٍ ، أَوْ أَحَدَ عَشْرَةِ مُكْسَرَةٍ . وفيه وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ فِي الْإِجَارَةِ : إن خِطَطْتَهُ رُومِيًّا فَلَكَ دِرْهَمٌ ، وإن خِطَطْتَهُ فَارِسِيًّا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ فِي الْمَنْصُوصِ عَنْهُ ، فَيُخْرَجُ ههنا مثله . وإن قال : مَا زَرَعْتُهَا مِنْ شَيْءٍ فَلِي نِصْفُهُ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَاقَى أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا ، مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ^(٣٠) . ولو جَعَلَ لَهُ فِي الْمَزَارَعَةِ ثُلُثَ الْحِنْطَةِ ، وَنِصْفَ الشَّعِيرِ ، وَثُلُثِي الْبَاقِلِ ، وَبَيْنَا قَدْرَ مَا يَزْرَعُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ ، إِمَّا بِتَقْدِيرِ الْبَذْرِ ،^(٣١) وَإِمَّا بِتَقْدِيرِ

(٢٧) في م : فكان .

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩-٢٨) في ب : شرطاه .

(٣٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٧ .

(٣١-٣١) في الأصل : أو تقدير .

المَكَانِ وَتَعْيِينِهِ ، أَوْ بِمَسَاحَتِهِ ، مثل أن قال : تَزْرَعُ هَذَا الْمَكَانَ حِنْطَةً ، وَهَذَا شَعِيرًا ، أَوْ تَزْرَعُ مُدَّيْنِ حِنْطَةً ، وَمُدَّيْنِ شَعِيرًا ، أَوْ تَزْرَعُ قَفِيرًا حِنْطَةً وَقَفِيرَيْنِ شَعِيرًا . جَارٌ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ طَرِيقٌ إِلَى الْعِلْمِ ، فَانْكُفَى بِهِ .

فصل : وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَقَى سَيَحَا فَلَهُ الثُّلُثُ ، وَإِنْ سَقَى بِكُلْفَةٍ فَلَهُ النِّصْفُ ، لَمْ يَصِحْ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ مَجْهُولٌ ، وَالنَّصِيبَ مَجْهُولٌ ، وَهُوَ فِي مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ ، قِيَاسًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْإِجَارَةِ . وَلَوْ قَالَ : لَكَ الْخُمُسَانِ ، إِنْ كَانَتْ عَلَيْكَ خَسَارَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ خَسَارَةٌ فَلَكَ الرَّبْعُ . لَمْ يَصِحَّ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : هَذَا شَرْطَانِ فِي شَرْطٍ . وَكَرِهَهُ . وَهَذَا فِي مَعْنَى الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ، وَيُخَرَّجُ فِيهَا مِثْلُ مَا خُرِّجَ فِيهَا . وَلَوْ سَاقَاهُ فِي هَذَا الْحَائِطِ بِالثُّلُثِ ، عَلَى أَنْ يُسَاقِيَهُ فِي الْحَائِطِ الْآخَرَ / بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ عَقْدًا فِي عَقْدٍ ، فَصَارَ فِي مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، كَقَوْلِهِ : بِعْتُكَ ثَوْبِي ، عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي ثَوْبَكَ . وَإِنَّمَا فَسَدَ لِمَعْنَتَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ شَرَطَ فِي الْعَقْدِ عَقْدًا آخَرَ ، وَالتَّفْعُ الْحَاصِلُ بِذَلِكَ مَجْهُولٌ ، فَكَأَنَّهُ شَرَطَ الْعَوْضَ فِي مُقَابَلَةِ مَعْلُومٍ وَمَجْهُولٍ . الثَّانِي ، أَنَّ الْعَقْدَ الْآخَرَ لَا يَلْزِمُهُ بِالشَّرْطِ ، فَيَسْقُطُ الشَّرْطُ ، وَإِذَا سَقَطَ وَجَبَ رَدُّ الْجُزْءِ الَّذِي تَرَكَهُ مِنَ الْعَوْضِ لِأَجَلِهِ ، وَذَلِكَ مَجْهُولٌ ، فَيَصِيرُ الْكُلُّ مَجْهُولًا .

٦٤/٥

فصل : وَإِنْ سَاقَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ شَرِيكَهُ ، وَجَعَلَ لَهُ مِنَ الثَّمَرِ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْأَصْلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَجَعَلَ لَهُ الثُّلُثَيْنِ مِنَ الثَّمَرَةِ ، صَحَّ ، وَكَانَ السُّدُسُ حِصَّتَهُ مِنَ الْمُسَاقَاةِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : سَاقَيْتُكَ عَلَى نَصِيبِي بِالثُّلُثِ . وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى أَنْ تَكُونَ الثَّمَرَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَكُونَ لِلْعَامِلِ الثُّلُثُ ، فَهِيَ مُسَاقَاةٌ فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ يَسْتَحِقُّ نِصْفَهَا بِمِلْكِهِ ، فَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ شَيْئًا . وَإِذَا شَرَطَ لَهُ الثُّلُثُ ، فَقَدْ شَرَطَ أَنْ غَيْرَ الْعَامِلِ يَأْخُذَ مِنْ نَصِيبِ الْعَامِلِ ثُلُثَهُ ، وَيَسْتَعْمِلُهُ بِلاَ عَوْضٍ . فَلَا يَصِحُّ . فَإِذَا عَمِلَ فِي الشَّجَرِ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، كَانَتْ الثَّمَرَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، بِحُكْمِ الْمِلْكِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْعَامِلُ بِعَمَلِهِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِهِ لِرِضَاةِ الْعَامِلِ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، فَاشْتَبَهَ

ما لو قال له : أنا أَعْمَلُ فيه بغير شيء . وذكر أصحابنا وجهًا آخر ، أنه يَسْتَحِقُّ أَجْرَ مِثْلِهِ ؛ لأنَّ المُسَاقَاةَ تَقْتَضِي عَوَضًا ، فلا تَسْقُطُ بِرِضَاةِ بِاسْقَاطِهِ ، كالنِّكَاحِ ، ولم يُسَلِّمْ له العَوَضُ ، فيكون له أَجْرٌ مِثْلُهُ . ولنا ، أنه عَمِلَ في مالٍ غيره مُتَبَرِّعًا ، فلم يَسْتَحِقِّ عَوَضًا ، كما لو لم يَعْقِدِ المُسَاقَاةَ . ويُفَارِقُ النِّكَاحَ لَوُجْهِينِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ صَحِيحٌ . فَوَجَبَ به العَوَضُ لِصِحَّتِهِ ، وهذا فاسِدٌ ، لا يُوجِبُ شيئًا . والثاني ، أَنَّ الأَبْضَاعَ لا تُسْتَبَاحُ بِالْبَذْلِ والإِبَاحَةِ ، والعَمَلُ هُنَا يُسْتَبَاحُ بِذَلِكَ ، ولأنَّ المَهْرَ في النِّكَاحِ لا يَخْلُو مَنْ أَن يَكُونَ وَاجِبًا بِالْعَقْدِ ، أو بالإِصَابَةِ ، أو بهما ، فَإِنْ وَجَبَ بِالْعَقْدِ ، لم يَصِحَّ قِيَاسُ هذا عليه ، لَوُجْهِينِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ ، وهذا فاسِدٌ . والثاني ، أَنَّ الْعَقْدَ هُنَا ^(٣٢) لا يُوجِبُ ، ولو أُوجِبَ ^(٣٢) لَأُوجِبَ قَبْلَ الْعَمَلِ . ولا خِلَافَ أَنَّ ^(٣٣) هذا لا يُوجِبُ ^(٣٤) قَبْلَ الْعَمَلِ شَيْئًا ، وإن أُوجِبَ ^(٣٥) بالإِصَابَةِ ، لم يَصِحَّ الْقِيَاسُ عليها لَوُجْهِينِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنَّ الإِصَابَةَ لا تُسْتَبَاحُ بالإِبَاحَةِ والبَذْلِ ، بِخِلَافِ الْعَمَلِ . والثاني ، / أَنَّ الإِصَابَةَ لو خَلَّتْ عَنِ الْعَقْدِ لَأُوجِبَتْ ، وهذا بِخِلَافِهِ . وإن وَجَبَ ^(٣٦) بهما اِمْتَنَعَ الْقِيَاسُ لِهَذِهِ الْوُجُوهِ كُلِّهَا . فَأَمَّا إِنْ سَاقَى أَحَدُهُمَا شَرِيكَه عَلَى أَنْ يَعْمَلَ مَعًا ، فَالْمُسَاقَاةُ فَاسِدَةٌ ، وَالثَّمَرَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ مِلْكِيَّتِهِمَا ، وَيَقَاصُّانِ الْعَمَلَ إِنْ تَسَاوَيَا فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا فَضْلٌ نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ قَدْ شَرَطَ لَهُ ^(٣٤) فَضْلٌ مَّا فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ ، اسْتَحَقَّ مَا فَضَّلَ لَهُ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ ، وَإِنْ ^(٣٧) لَمْ يُشَرِّطْ ^(٣٧) ، لَهُ شَيْءٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا ، وَتَكَلَّمْنَا عَلَيْهِ .

٥/٦٤ ط

(٣٢-٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٣) في ب : : في .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) في ب ، م : : وجب .

(٣٦) في الأصل : : وجبت .

(٣٧-٣٧) في ب : : يكن شرط . وفي م : : لم يشترط .

فصل : وَتَصِيحُ الْمُسَاقَاةِ عَلَى الْبَعْلِ مِنَ الشَّجَرِ ، كَمَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَانُ إِلَى سَقْيِ .
وبهذا قال مالك . ولا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا عِنْدَ مَنْ يُجُوزُ الْمُسَاقَاةَ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ ^(٣٨) تَدْعُو إِلَى
الْمُعَامَلَةِ فِي ^(٣٩) ذَلِكَ ، كَدَعَائِهَا إِلَى الْمُعَامَلَةِ فِي غَيْرِهِ ، فَيُقَاسُ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي
الْمُزَارَعَةِ .

فصل : وَلَا تَصِيحُ الْمُسَاقَاةُ ^(٣٩) إِلَّا عَلَى شَجَرٍ مَعْلُومٍ بِالرُّؤْيَةِ ، أَوْ بِالصِّفَةِ الَّتِي لَا
يُخْتَلَفُ مَعَهَا ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ سَاقَاهُ ^(٤٠) عَلَى بُسْتَانٍ بِغَيْرِ رُؤْيَةٍ وَلَا صِفَةٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ
عَقْدٌ عَلَى مَجْهُولٍ . فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ سَاقَاهُ ^(٤١) عَلَى أَحَدِ هَذَيْنِ الْحَائِطَيْنِ ، لَمْ
يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ يَخْتَلِفُ الْعَرَضُ فِيهَا بِاخْتِلَافِ الْأَغْيَانِ ، فَلَمْ يَجْزِ عَلَى غَيْرِ
مُعَيَّنٍ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَتَصِيحُ الْمُسَاقَاةِ بِلَفْظِ الْمُسَاقَاةِ ، وَمَا يُؤَدِّي مَعْنَاهَا مِنَ الْأَلْفَافِ ، نَحْوُ :
عَامِلُكَ ، وَفَالْحَتُّكَ ، وَاعْمَلْ فِي بُسْتَانِي هَذَا حَتَّى تَكْمُلَ ثَمَرَتَهُ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ؛ لِأَنَّ
الْقَصْدَ الْمَعْنَى ، فَإِنْ أَتَى بِهِ بِأَيِّ ^(٤٢) لَفْظٍ دَلَّ عَلَيْهِ ، صَحَّ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ قَالَ :
اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ لِي فِي هَذَا الْحَائِطِ ، حَتَّى تَكْمُلَ ثَمَرَتَهُ ، يَنْصِفُ ثَمَرَتَهُ . ففِيهِ
وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ يُشْتَرَطُ لَهَا كَوْنُ
الْعَوَضِ مَعْلُومًا ، وَالْعَمَلِ مَعْلُومًا ، وَتَكُونُ لَازِمَةً ، وَالْمُسَاقَاةُ بِخِلَافِهِ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ .
وَهُوَ أَقْبَسُ ؛ لِأَنَّهُ مُؤَدٍّ لِلْمَعْنَى ، فَصَحَّ بِهِ الْعَقْدُ ، كَسَائِرِ الْأَلْفَافِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهَا . وَقَدْ
ذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِ أَحْمَدَ : تَجُوزُ إِجَارَةُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ مِنْهَا .
الْمُزَارَعَةُ ، عَلَى أَنَّ الْبَذَرَ وَالْعَمَلَ مِنَ الْعَامِلِ . وَمَا ذَكَرَ مِنْ شُرُوطِ الْإِجَارَةِ ، إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي

(٣٨-٣٨) فِي الْأَصْلِ : « تَدْعُوهُ إِلَى الْمُعَامَلَةِ فِي » . وَفِي ب : « تَدْعُوهُ إِلَى الْمُعَامَلَةِ إِلَى » .

(٣٩) فِي م زِيَادَةٌ : « إِلَى » .

(٤٠-٤٠) سَقَطَ مِنْ ب : « نَقْلَةً نَظَر » .

(٤١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الإجَارَةُ الْحَقِيقِيَّةُ ، أَمَا إِذَا أُريدَ بِالْإجَارَةِ الْمُزَارَعَةُ ، فَلَا يُشْتَرَطُ لَهَا غَيْرُ شَرْطِ
الْمُزَارَعَةِ .

٦٥/٥ فصل : وَيُلْزَمُ الْعَامِلَ بِإِطْلَاقِ عَقْدِ^(٤٢) الْمُسَاقَاةِ مَا فِيهِ صَلَاحُ الثَّمَرَةِ وَزِيَادَتُهَا ، مِثْلَ
حَرْثِ الْأَرْضِ تَحْتَ الشَّجَرِ^(٤٣) ، وَالْبَقَرِ الَّتِي تُحْرَثُ ، وَآلَةِ الْحَرْثِ ، / وَسَقْيِ ،
الشَّعِيرِ ، وَاسْتِيقَاءِ الْمَاءِ ، وَإِصْلَاحِ طُرُقِ الْمَاءِ وَتَثْقِيفَتِهَا ، وَقَطْعِ الْحَشِيشِ الْمُضِيرِ
وَالشُّوكِ ، وَقَطْعِ الشَّجَرِ الْيَابِسِ ، وَزِيَارِ الْكَرَمِ^(٤٤) ، وَقَطْعِ مَا يَحْتَاجُ إِلَى قَطْعِهِ ، وَنَسْوِيَةِ
الثَّمَرَةِ ، وَإِصْلَاحِ الْأَجَاجِينَ ، وَهِيَ الْحُفَرُ الَّتِي يَجْتَمِعُ فِيهَا الْمَاءُ عَلَى أَصُولِ النَّخْلِ ،
وِإِدَارَةِ الدُّوَلَابِ ، وَالْحِفْظَ لِلثَّمَرِ^(٤٥) فِي الشَّجَرِ وَبَعْدَهُ حَتَّى يُقَسَّمُ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُشْمَسُ
فَعَلَيْهِ تَشْمِيسُهُ ، وَعَلَى رَبِّ الْمَالِ مَا فِيهِ حِفْظُ الْأَصْلِ ، كَسَدِّ الْحِيطَانِ ، وَإِنْشَاءِ
الْأَنْهَارِ ، وَعَمَلِ الدُّوَلَابِ ، وَخَفْرِ بَفْرِهِ ، وَشِرَاءِ مَا يُلْقَحُ بِهِ . وَعَبَّرَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَنْ
هَذَا بِعِبَارَةٍ أُخْرَى ، فَقَالَ : كُلُّ مَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ عَامٍ فَهُوَ عَلَى الْعَامِلِ ، وَمَا لَا يَتَكَرَّرُ فَهُوَ عَلَى
رَبِّ الْمَالِ . وَهَذَا صَحِيحٌ فِي الْعَمَلِ . فَأَمَّا شِرَاءُ مَا يُلْقَحُ بِهِ ، فَهُوَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ وَإِنْ تَكَرَّرَ ؛
لَأَنَّ هَذَا لَيْسَ مِنَ الْعَمَلِ . فَأَمَّا الْبَقَرَةُ الَّتِي تُدِيرُ الدُّوَلَابَ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : هِيَ عَلَى رَبِّ
الْمَالِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الْعَمَلِ ، فَأَشْبَهَتْ مَا يُلْقَحُ بِهِ . وَالْأَوَّلَى أَنَّهَا عَلَى الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهَا
تُرَادُّ لِلْعَمَلِ ، فَأَشْبَهَتْ بَقَرَ الْحَرْثِ ، وَلِأَنَّ اسْتِيقَاءَ الْمَاءِ عَلَى الْعَامِلِ إِذَا لَمْ يَخْتَجِ إِلَى بَهِيمَةٍ
فَكَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اخْتَجَ إِلَى بَهِيمَةٍ كَغَيْرِهِ مِنَ الْأَعْمَالِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ :
مَا يَتَعَلَّقُ بِصَلَاحِ الْأَصُولِ وَالثَّمَرَةِ مَعًا ،^(٤٦) كَالْكَسْحِ لِلنَّهْرِ^(٤٦) ، وَالتَّوْرِ ، فَهُوَ عَلَى مَنْ شَرَطَ
عَلَيْهِ^(٤٧) مِنْهُمَا ، وَإِنْ أَهْمَلَ شَرْطَ ذَلِكَ عَلَى أَحَدِهِمَا ، لَمْ تَصِحَّ الْمُسَاقَاةُ .

(٤٢) فِي ب : لَفْظٌ .

(٤٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤٤) الزَّيَار : تَخْفِيفُ الْكَرَمِ مِنَ الْأَغْصَانِ الرَّدِيقَةِ وَبَعْضُ الْجَيِّدَةِ يَقْطَعُهَا بِمَنْجَلٍ وَنَحْوِهِ .

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : لِلثَّمَرَةِ .

(٤٦-٤٦) فِي الْأَصْلِ ، ب : كَسْحِ النَّهْرِ .

(٤٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

وقد ذكّرنا ما يدلُّ على أنّه على العاِمِل . فأما تسميُد الأرض بالزَّيْل إن احتاجت إليه ، فشيءٌ ذلك على ربِّ المال ؛ لأنّه ليس من العمل ، فجرى مجرى ما يُلْقَح به ، وتُفَرِّق ذلك في الأرض على العاِمِل ، كالتلقيح . وإن أطلقا العقد ، ولم يبيّنا ما على كلّ واحد منهما ، فعلى كلّ واحد منهما ما ذكّرنا أنّه عليه . وإن شرطاً ذلك ، كان تأكيداً . وإن شرطاً على أحدهما شيئاً ممّا يلزم الآخر ، فقال القاضي ، وأبو الخطّاب : لا يجوز ذلك . فعلى هذا تفسدُ المساقاة ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأنّه شرطٌ يخالف مقتضى العقد ، فأفسده ، كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على ربِّ المال . وقد روى عن أحمد ما يدلُّ على صحّة ذلك ؛ فإنّه ذكر أنّ الجذاذ عليهما ، فإن شرطه على العاِمِل ، جاز . وهذا مقتضى كلام الخريفي في المضاربة ؛ لأنّه شرطٌ لا يخلُ بمصلحة العقد ، ولا مفسدة فيه ، فصَحَّ ، كتأجيل الثمن في المبيع ، وشرط الرهن / والضمين والخيار فيه ، لكن يشترط أن يكون ما يلزم كلّ واحد من العمل معلوماً ، إلتاً يفضي إلى التنازع والتواكل ، فيختل العمل ، وأن لا يكون ما على ربِّ المال أكثر العمل ؛ لأنّ العاِمِل يستحقُّ بعمله ، فإذا لم يعمل أكثر العمل ، كان وجود عمله كعدمه ، فلا يستحقُّ شيئاً .

ظ ٦٥/٥

فصل : فأما الجذاذ والحصاد واللقاط ، فهو على العاِمِل . نصّ أحمد عليه في الحصاد ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأنّه من العمل ، فكان على العاِمِل ، كالتشميمس . وروى عن أحمد في الجذاذ ، أنّه إذا شرط على العاِمِل ، فجاز ؛ لأنّ العمل عليه ، وإن لم يشترطه ، فعلى ربِّ المال بحصّته ما يصيرُ إليه ^(٨) وعلى العاِمِل بحصّته ما يصيرُ إليه ^(٩) . فظاهر هذا أنّه جعل الجذاذ عليهما ، واختار ^(٩) اشتراطه على العاِمِل . وهو قول بعض الشافعية . وقال محمد بن الحسن : تفسدُ المساقاة بشرطه على العاِمِل ؛ لأنّه شرطٌ

(٤٨-٤٩) سمط من : م .

(٤٩) في م : وأجاز .

يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ . وَاحْتِجَّ مَنْ جَعَلَهُ عَلَيْهِمَا بِأَنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ تَكَامُلِ الثَّمَرَةِ ، وَاقْتِضَاءِ
الْمُعَامَلَةِ ، فَأَشْبَهَ ثَقْلَهُ إِلَى مَنْزِلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَفَعَ خَيْرَ إِلَى يَهُودَ ، عَلَى أَنْ
يَعْمَلُوهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ^(٥٠) . وَلَئِنْ هَذَا مِنَ الْعَمَلِ ، فَيَكُونُ عَلَيْهِ ، كَالْتَّشْمِيسِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ
يَنْطَلُ بِالتَّشْمِيسِ ، وَيُفَارِقُ الثَّقَلَ إِلَى الْمَنْزِلِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ، وَزَوَالِ الْعَقْدِ ،
فَأَشْبَهَ الْمَخْزَنَ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ غُلَامَانُ رَبِّ الْمَالِ ، فَهُوَ كَشَرَطِ عَمَلِ رَبِّ الْمَالِ ؛
لَأَنَّ عَمَلَهُمْ كَعَمَلِهِ ، فَإِنَّ يَدَ الْغُلَامِ كَيَدِ مَوْلَاهُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ غُلَامَانَهُ مَالَهُ ، فَجَازَ أَنْ يُجْعَلَ^(٥١) تَبَعًا لِمَالِهِ ،
كَثَوْرِ الدُّوَلَابِ ، وَكَأَنَّ^(٥٢) يَجُوزُ فِي الْقِرَاضِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الْعَامِلِ بِهَيْمَةٍ يَحْمِلُ عَلَيْهَا . وَأَمَّا
رَبُّ الْمَالِ لَا يَجُوزُ جَعْلُهُ تَبَعًا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . فَإِذَا
شَرَطَ غُلَامَانَا يَعْمَلُونَ مَعَهُ ، فَتَفَقَّهْتُهُمْ عَلَى مَا يَشْتَرِطَانِ عَلَيْهِ . فَإِنْ أَطْلَقَا ، وَلَمْ يَذْكُرَا
تَفَقَّهْتُهُمْ ، فَهِيَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَفَقَّهْتُهُمْ عَلَى
الْمُسَاقَى ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَشْرُطَهَا^(٥٣) عَلَى رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ عَلَى الْمُسَاقَى ، فَمُوتُهُ
مَنْ يَعْمَلُهُ عَلَيْهِ ، كَمُوتِهِ غُلَامَانِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَمْلُوكُ رَبِّ الْمَالِ ، فَكَانَتْ تَفَقُّهُ عَلَيْهِ عِنْدَ
الْإِطْلَاقِ ، كَمَا لَوْ أَجَرَهُ . فَإِنْ شَرَطَهَا عَلَى الْعَامِلِ ، جَازَ ، وَلَا يَشْتَرِطُ تَقْدِيرُهَا . وَبِهِ قَالَ
الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : يَشْتَرِطُ تَقْدِيرُهَا ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ مَا لَا يَلْزُمُهُ ،
فَوَجِبَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا ، كَسَائِرِ الشُّرُوطِ . / وَلَنَا ، أَنَّهُ لَوْ وَجِبَ تَقْدِيرُهَا لَوَجِبَ ذِكْرُ
صِفَاتِهَا ، وَلَا يَجِبُ ذِكْرُ صِفَاتِهَا . فَلَمْ يَجِبْ تَقْدِيرُهَا . وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْغُلَامَانِ
الْمُشْتَرَطِ عَمَلُهُمْ^(٥٤) ، بِرُؤْيَا ، أَوْ صِفَةٍ تَحْصُلُ بِهَا مَعْرِفَتُهُمْ . كَمَا فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ .

٥٦٦/٥

(٥٠) أخرجه البخاري ، في : باب إذا اشترط في المزاولة إذا شئت أخرجتك ، من كتاب الشروط . صحيح البخاري

٢٥٢ / ٣ .

(٥١) في م : : تعمل .

(٥٢) في م : : وكان .

(٥٣) في الأصل : : يشترطها .

(٥٤) في الأصل : : عليهم .

فصل : وإن شَرَطَ العَامِلُ أَنْ أُجْرَ الأَجْرَاءِ الَّذِينَ يَحْتَاجُ إِلَى الاستِعانةِ بهم من الثَّمَرَةِ ، وَقَدَّرَ الأَجْرَةَ ، لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ العَمَلَ عَلَيْهِ ، فإذا شَرَطَ أَجْرَهُ من المَالِ ، لم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَ لِنَفْسِهِ أَجْرَ عَمَلِهِ . وإن لم يُقَدِّرْهُ ، فَسَدَ لذلك ، ولأنَّهُ مَجْهُولٌ . ويُفَارِقُ هذا ما إذا شَرَطَ^(٥٥) الْمُضَارِبُ أَجْرَ ما يَحْتَاجُ إِلَيْهِم من الحَمَالِينَ ونحوهم ؛ لِأَنَّ ذلك لا يَلْزِمُ العَامِلَ ، فكان على المَالِ ، ولو شَرَطَ أَجْرَ ما يَلْزِمُهُ عَمَلُهُ بِنَفْسِهِ ، لم يَصِحَّ ، كَمَسَائِلِنَا .

فصل : ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أَنَّ المُساقاةَ والمُزارعةَ من العقودِ الجائِزةِ ، أوْماً إليه في روايةِ الأَثَرِمْ ، وسُئِلَ عن الأَكْثَارِ يُخْرِجُ نَفْسَهُ من غيرِ أَنْ يُخْرِجَهُ صَاحِبُ الضَّيْعَةِ ، فلم يَمْنَعُهُ من ذلك . ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو عبد الله ابنِ حامِدٍ ، وهو قولُ بعضِ أصحابِ الحَدِيثِ . وقال بعضُ أَصْحَابِنَا : هو عَقْدٌ لَازِمٌ . وهو قولُ أَكْثَرِ الفُقَهَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فكان لَازِماً ، كالإِجَارَةِ ، ولأنَّهُ لو كان جَائِزاً ، جازَ لِرَبِّ المَالِ فَسْخُوحُهُ إذا أَذْرَكَ الثَّمَرَةَ ، فَيَسْقُطُ حَقُّ العَامِلِ ، فَيَسْتَضَرُّ . ولنا ، ما رَوَى مُسْلِمٌ^(٥٦) بِإِسْنَادِهِ عن ابنِ عَمَرَ ، أَنَّ اليَهُودَ سَأَلُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُفَرِّقَهُمْ بِخَيْبَرٍ ، على أَنْ يَعْمَلُوهَا ، وَيَكُونَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَطْرُ ما يُخْرِجُ مِنْهَا من ثَمَرٍ أو زَرْعٍ ، فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « تُفَرِّقُكُمْ عَلَى ذَلِكَ مَا شِئْنَا » . ولو كان لَازِماً لم يَجْزُ بِغَيْرِ تَقْدِيرٍ مُدَّةٍ ، ولا أَنْ يَجْعَلَ الخَيْرَةَ إِلَيْهِ في مُدَّةٍ إِقْرَارِهِمْ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ لم يَنْقَلِ عَنْهُ أَنَّهُ قَدَّرَ لَهُمْ ذلكَ بِمُدَّةٍ ، ولو قَدَّرَ لم يَتْرَكَ نَقْلَهُ ، لِأَنَّ هذا ممَّا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، فلا يَجُوزُ الإِخْلَالُ بِنَقْلِهِ ، وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

(٥٥) في ب ، م : « اشترط » .

(٥٦) في : باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٨٧ / ٣ ، ١١٨٨ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب إذا قال رب الأرض أترك ما أترك الله ... ، من كتاب الحَرْث ، وفي : باب ما كان النبي ﷺ يعطى المؤلفه قلوبهم ... ، من كتاب الخمس . صحيح البخاري ٣ / ١٤٠ ، ٤ / ١١٦ . وأبو داود ، في : باب ما جاء في حكم أرض خيبر ، من كتاب الإمامة . سنن أبي داود ٢ / ١٤١ . وإمام أحمد ، في : المسند ١٤٩ / ٢ .

أَجْلَاهُمْ^(٥٧) من الأرض وأخرجهم من خَيْرَ ، ولو كانت لهم مُدَّةٌ مُقَدَّرَةٌ ، لم يَجُزْ إخراجهم منها . ولأنَّه عَقْدٌ على جُزْءٍ من نَمَاءِ المَالِ ، فكان جَائِزًا ، كالمُضَارَبَةِ ، أو عَقْدٌ على المَالِ بِجُزْءٍ من نَمَائِهِ ، أَشْبَهَ الْمُضَارَبَةَ ، وفَارَقَ الْإِجَارَةَ ؛ لِأَنَّهَا بَيْعٌ ، فَكَانَتْ لَازِمَةً ، كَبَيْعِ الْأَعْيَانِ ، وَلأنَّ عِوَضَهَا مُقَدَّرٌ مَعْلُومٌ ، فَأَشْبَهَتْ الْبَيْعَ . وَقِيَاسُهُمْ يَنْتَفِضُ بِالْمُضَارَبَةِ ، وَهِيَ أَشْبَهُ^(٥٨) بِالسَّاقَاةِ مِنَ الْإِجَارَةِ ، فَقِيَاسُهَا عَلَيْهَا أَوْلَى . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنْ رَبَّ الْمَالِ / يَفْسَخُ بَعْدَ إِذْكَ الثَّمَرَةَ . قُلْنَا : إِذَا ظَهَرَتِ الثَّمَرَةُ ، فَهِيَ تَظْهَرُ عَلَى مِلْكَيْهِمَا ، فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الْعَامِلِ مِنْهَا بِفَسْخِ وَلَا غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ فَسَخَ الْمُضَارَبَةُ بَعْدَ ظُهُورِ الرَّبْحِ . فَعَلِيَ هَذَا لَا يَفْتَقِرُ إِلَى ضَرْبِ مُدَّةٍ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَضْرِبِ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَا خُلَفَاؤُهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، لِأَهْلِ خَيْرٍ مُدَّةً مَعْلُومَةً حِينَ عَامَلُوهُمْ . وَلأنَّه عَقْدٌ جَائِزٌ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى ضَرْبِ مُدَّةٍ ، كالمُضَارَبَةِ ، وَسَائِرِ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ . وَمتى فَسَخَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ، وَعَلَى الْعَامِلِ ثَمَامُ الْعَمَلِ ، كَمَا يَلْزَمُ الْمُضَارِبَ بَيْعُ الْعُرُوضِ إِذَا فُسِّخَتِ الْمُضَارَبَةُ بَعْدَ ظُهُورِ الرَّبْحِ ، وَإِنْ فَسَخَ الْعَامِلُ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ ، فَصَارَ كَعَامِلٍ الْمُضَارَبَةَ إِذَا فَسَخَ قَبْلَ ظُهُورِ الرَّبْحِ ، وَعَامِلٍ الْجُعَالَةِ إِذَا فَسَخَ قَبْلَ إِيْتِمَامِ عَمَلِهِ . وَإِنْ فَسَخَ رَبُّ الْمَالِ قَبْلَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ لِلْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَهُ إِيْتِمَامَ عَمَلِهِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الْعِوَضَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ فَسَخَ الْجَاعِلُ قَبْلَ إِيْتِمَامِ عَمَلِ الْجُعَالَةِ . وفَارَقَ رَبَّ الْمَالِ فِي الْمُضَارَبَةِ إِذَا فَسَخَهَا قَبْلَ ظُهُورِ الرَّبْحِ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ هَذَا مُفَضَّلٌ إِلَى ظُهُورِ الثَّمَرَةِ غَالِبًا ، فَلَوْلَا الْفَسْخُ لَظَهَرَتِ الثَّمَرَةُ ، فَمَلَكَ نَصِيبَهُ مِنْهَا ، وَقَدْ قَطَعَ ذَلِكَ بِفَسْخِهِ ، فَأَشْبَهَ فَسْخَ الْجُعَالَةِ ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يُعْلَمُ إِفْضَاؤُهَا إِلَى الرَّبْحِ ، وَلأنَّ الثَّمَرَةَ إِذَا ظَهَرَتْ فِي الشَّجَرِ ، كَانَ الْعَمَلُ عَلَيْهَا فِي الْإِبْتِدَاءِ مِنْ أَسْبَابِ ظُهُورِهَا ، وَالرَّبْحُ إِذَا ظَهَرَ فِي الْمُضَارَبَةِ^(٥٩) قَدْ لَا^(٥٩) يَكُونُ لِلْعَمَلِ الْأَوَّلِ فِيهِ أَثَرٌ أَصْلًا . فَأَمَّا إِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ . فَلَا يَصِحُّ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ

(٥٧) فِي الْأَصْلِ : « أَخْلَاهُمْ » .

(٥٨) فِي الْأَصْلِ : « تَشَبَهَ » .

(٥٩-٥٩) فِي الْأَصْلِ : « فَلَا » .

مَعْلُومَةٌ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو ثور : تصبح من غير ذكرِ مُدَّةٍ ، ويقع على سنَّةٍ واحدة . وأجازهُ بعضُ أهلِ الكوفة استحساناً ؛ لأنَّه لما شرطَ له جزءاً من الثمرة ، كان ذلك دليلاً على أنَّه أرادَ مُدَّةً تُحصُلُ الثمرةُ فيها . ولنا ، أنَّه عقْدٌ لازمٌ ، فوجبَ تقيُّدُهُ بِمُدَّةٍ ، كالإجارة ، ولأنَّ المُساقاةَ أشبهُ بالإجارة ، لأنَّها تقتضي العملَ على العينِ مع بقائها ، ولأنَّها إذا وقعتْ مُطلقةً ، لم يُمكنْ حملُها على إطلاقِها مع لزومِها ؛ لأنَّه يُفضى إلى أن العاملَ يستبدُّ بالشجرِ كُلِّ مُدَّتِهِ ، فيصيرُ كالمالكِ ، ولا يُمكنُ تقيُّدُهُ بالسَّنَةِ ؛ لأنَّه تحكُّمٌ ، وقد تكمُلُ الثمرةُ في أقلَّ من السنَّةِ ، فعلى هذا لا تتقدَّرُ أكثرُ المُدَّةِ ، بل يجوزُ ما يتفقانِ عليه من المُدَّةِ التي يَبْقَى الشجرُ فيها وإن طالت . وقد قيل : لا يجوزُ أكثرُ من ثلاثين سنَّةً . وهذا تحكُّمٌ ، وتوقيفٌ لا يُصارُ إليه إلَّا بنصٍّ أو إجماع . / فأما أقلُّ المُدَّةِ ، فيتقدَّرُ بِمُدَّةٍ تكمُلُ الثمرةُ فيها ، فلا يجوزُ على أقلِّ منها ؛ لأنَّ المقصودُ أن يشترِكَا في الثمرة ، ولا يُوجدُ في أقلَّ من هذه المُدَّةِ . فإن ساقاهُ على مُدَّةٍ لا تكمُلُ فيها الثمرةُ ، فالمُساقاةُ فاسدةٌ . فإذا عَمِلَ فيها ، فظَهَرَ الثمرةُ ولم تكمُلْ ، فله أجرٌ مثله ، في أحدِ الوجهين ، وفي الآخر ، لا شيءَ له ؛ لأنَّه رَضِيَ بالعملِ بغيرِ عوضٍ ، فهو كالمُتبرِّع . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ هذا لم يَرْضَ إلَّا بعوضٍ ، وهو جزءٌ من الثمرة ، وذلك الجزء موجودٌ ، غيرَ أنَّه لا يُمكنُ تسليمُهُ إليه ، فلما تَعَدَّرَ دَفْعُ العوضِ الذي اتَّفَقا عليه إليه ، كان له ^(٦٠) أجرٌ مثله ، كما في الإجارة الفاسدة . وفارقَ المُتبرِّعُ ؛ فإنَّه رَضِيَ بغيرِ شيءٍ . وإن لم تَظْهَرْ الثمرةُ ، فلا شيءَ له ، في أصحِّ الوجهين ؛ لأنَّه رَضِيَ بالعملِ بغيرِ عوضٍ . وإن ساقاهُ إلى مُدَّةٍ تكمُلُ فيها الثمرةُ غالباً ، فلم يَحْمِلْ تلك السنَّةُ ، فلا شيءَ للعاملِ ؛ لأنَّه عقْدٌ صحيحٌ ، لم يَظْهَرْ فيه النماءُ الذي اشترطَ جزؤه ، فأشبهَ المضاربةَ إذا لم يربحْ فيها . وإن ظَهَرَ الثمرةُ ، ولم تكمُلْ ، فله نصيبُهُ منها ، وعليه إتمامُ العملِ فيها ، كما لو انفسختْ قبلَ كمالِها . وإن ساقاهُ إلى مُدَّةٍ يَحْتَمِلُ أن يكونَ للشجرِ ثمرَةٌ . ويَحْتَمِلُ أن

٦٧/٥ و

لا يكون ، ففي صِحَّةِ الْمُسَاقَاةِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّجَرَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَحْمِلَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَحْمِلَ ، وَالْمُسَاقَاةُ جَائِزَةٌ فِيهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَعْدُومٍ ، لَيْسَ الْغَالِبُ وَجُودَهُ ، فَلَمْ تَصِحَّ ، كَالسَّلَامِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ غَرَرٌ أَمَكَّنَ التَّحَرُّزَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَجْزِ الْعَقْدُ مَعَهُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ ثَمَرُ نَخْلَةٍ بِعَيْنِهَا . وَفَارَقَ مَا إِذَا شَرَطَ مُدَّةً تَكْمُلُ فِيهَا الثَّمَرَةُ ، فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الشَّجَرَ يَحْمِلُ ، وَاحْتِمَالُ أَنْ لَا يَحْمِلَ نَادِرٌ ، لَمْ يُمَكِّنِ التَّحَرُّزَ عَنْهُ . فَإِنْ قُلْنَا^(٦١) : الْعَقْدُ صَحِيحٌ . فَلَهُ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَرِ . فَإِنْ لَمْ يَحْمِلَ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ فَاسِدٌ . اسْتَحَقَّ أَجْرُ الْمِثْلِ ، سَوَاءً حَمَلَ أَوْ لَمْ يَحْمِلَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بغيرِ عَوْضٍ ، وَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْعَوْضُ ، فَكَانَ لَهُ الْعَوْضُ^(٦٢) ، وَجْهًا وَاحِدًا ، بِخِلَافِ مَا لَوْ جَعَلَ الْأَجَلَ إِلَى مُدَّةٍ لَا يَحْمِلُ فِي^(٦٣) مِثْلِهَا غَالِبًا . وَمَتَى خَرَجَتْ الثَّمَرَةُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْأَجَلِ ، فَلَهُ حَقُّهُ مِنْهَا إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ الْعَقْدِ ، وَإِنْ خَرَجَتْ بَعْدَهُ ، فَلَا حَقَّ لَهُ فِيهَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا قَرِيبٌ مِمَّا ذَكَرْنَا .

فصل : وَلَا يَثْبُتُ فِي الْمُسَاقَاةِ خِيَارُ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ جَائِزَةً . فَالْجَائِزُ مُسْتَعْنٍ بِنَفْسِهِ عَنِ الْخِيَارِ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً ، فَإِذَا فَسَخَ لَمْ يُمَكِّنْ رَدُّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ الْعَمَلُ فِيهَا . وَأَمَّا خِيَارُ الْمَجْلِسِ فَلَا يَثْبُتُ إِنْ كَانَتْ جَائِزَةً ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهَا^(٦٤) عَقْدٌ لَا يُشْتَرِطُ فِيهِ قَبْضُ الْعَوْضِ ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ ، فَلَا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الْمَجْلِسِ ، كَالنَّكَاحِ . وَالثَّانِي ، يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ يَقْصَدُ بِهِ الْمَالُ ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ .

فصل : وَمَتَى قُلْنَا بِجَوَازِهَا ، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى ضَرْبِ مُدَّةٍ ؛ لِأَنَّ إِنْقَاءَهَا إِلَيْهِمَا ، وَفَسْخَها جَائِزٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَتَى شَاءَ ، فَلَمْ تَحْتَاجْ إِلَى مُدَّةٍ ، كَالْمُضَارَبَةِ . وَإِنْ قَدَّرَهَا بِمُدَّةٍ ،

(٦١) سقط من : الأصل .

(٦٢) سقط من : ب .

جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي التَّقْدِيرِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا^(٦٣) جَوَازَ ذَلِكَ فِي الْمُضَارَبَةِ ، وَالْمُسَاقَاةِ
مِثْلُهَا . وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَجُنُونِهِ . وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ لِسْفِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي
الْمُضَارَبَةِ . فَإِذَا مَاتَ الْعَامِلُ أَوْ رَبُّ الْمَالِ ، انْفَسَخَتِ الْمُسَاقَاةُ فَكَانَ الْحُكْمُ فِيهَا كَمَا لَوْ
فَسَخَّهَا أَحَدُهُمَا ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَاهُ . وَإِنْ قُلْنَا بِلُزُومِهَا ، لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ ، وَيَقُومُ
الْوَارِثُ^(٦٤) مَقَامَ الْمَيِّتِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ ، فَاشْتَبَهَ الْإِجَارَةَ . وَلَكِنْ إِنْ كَانَ الْمَيِّتُ
الْعَامِلُ ، فَأَبَى وَارِثُهُ الْقِيَامَ بِمَقَامِهِ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ لَا يَلْزَمُهُ مِنَ الْحُقُوقِ الَّتِي عَلَى
مَوْرُوثِهِ^(٦٥) إِلَّا مَا أَمَكَنَ دَفْعُهُ مِنْ تَرْكِتِهِ ، وَالْعَمَلُ لَيْسَ مِمَّا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِيهِ . فَعَلَى هَذَا
يَسْتَأْجِرُ الْحَاكِمُ مِنَ التَّرَكَةِ مَنْ يَعْمَلُ الْعَمَلَ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ تَرَكَةٌ ، أَوْ تَعَذَّرَ الِاسْتِئْجَارُ
مِنْهَا ، فَلَرَبُّ الْمَالِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَيُثْبِتُ الْفَسْخُ ، كَمَا لَوْ
تَعَذَّرَ ثَمَنُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَتِ الثَّمَرَةُ قَدْ ظَهَرَتْ ، بَيَعَ مِنْ نَصِيبِ الْعَامِلِ مَا
يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِأَجْرِ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَمَلِ ، وَاسْتَوْجَرَ مَنْ يَعْمَلُ ذَلِكَ . وَإِنْ اخْتِيجَ إِلَى بَيْعِ
الْجَمِيعِ ، بَيَعَ . ثُمَّ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الثَّمَرَةُ قَدْ بَدَأَ صَلَاحُهَا أَوْ لَمْ يَبْدُ ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ
بَدَأَ صَلَاحُهَا ، خَيْرُ الْمَالِكِ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، فَإِنْ اشْتَرَى نَصِيبَ الْعَامِلِ ، جَازَ ، وَإِنْ
اخْتَارَ بَيْعَ نَصِيبِهِ أَيْضًا ، بَاعَهُ ، وَبَاعَ الْحَاكِمُ نَصِيبَ الْعَامِلِ ، وَإِنْ أَبَى الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ ،
بَاعَ الْحَاكِمُ نَصِيبَ الْعَامِلِ وَحْدَهُ ، وَمَا بَقِيَ عَلَى الْعَامِلِ مِنَ الْعَمَلِ يُكْتَرَى عَلَيْهِ مَنْ
يَعْمَلُهُ ، وَمَا فَضَلَ لَوَرَّثَتْهُ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا ، خَيْرُ الْمَالِكِ أَيْضًا ، فَإِنْ بَيَعَ
لِأَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَجْزِ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ نَصِيبِ الْعَامِلِ وَحْدَهُ ، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ^(٦٦)
قَطْعُهُ إِلَّا بِقَطْعِ نَصِيبِ الْمَالِكِ ، فَيَقِفُ إِمَّا كَانَ قَطْعُهُ عَلَى قَطْعِ مِلْكٍ غَيْرِهِ . وَهَلْ يَجُوزُ

(٦٣) فِي ب ، م : « تَبَيَّنَا » .

(٦٤) فِي ب : « وَارِثَ الْمَيِّتِ » .

(٦٥) فِي م : « مَوْرُوثِهِ » .

(٦٦) فِي ب ، م : « يُمْكِنُهُ » .

شِرَاءُ الْمَالِكِ لَهَا ؟ عَلَى / وَجْهَيْنِ ، وَهَكَذَا الْحُكْمُ إِذَا انْفَسَخَتِ الْمُسَاقَاةُ^(٦٧) يَمُوتِ الْعَامِلُ ، لِقَوْلِنَا بِجَوَازِهَا وَأَبَى الْوَارِثُ الْعَمَلُ . وَإِنْ اخْتَارَ رَبُّ الْمَالِ الْبَقَاءَ عَلَى الْمُسَاقَاةِ ، لَمْ تَنْفَسِخْ إِذَا قُلْنَا بِلُزُومِهَا ، وَيَسْتَأْذِنُ الْحَاكِمُ فِي الْإِثْفَاقِ عَلَى الثَّمَرَةِ ، وَيَرْجِعُ بِمَا أَتَّفَقَ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْ اسْتِئْذَانِ الْحَاكِمِ ، فَأَتَّفَقَ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ ، وَأَشْهَدَ عَلَى الْإِثْفَاقِ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ ، رَجَعَ بِمَا أَتَّفَقَ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرَّرٌ . وَإِنْ أَمَكْنَهُ اسْتِئْذَانُ الْحَاكِمِ ، فَأَتَّفَقَ بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانِهِ ، فَهَلْ يَرْجِعُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا قَضَى ذَيْتَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ تَبَرَّعَ بِالْإِثْفَاقِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، كَالْوَتْبَرِّعِ بِالصَّدَقَةِ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَتَّفَقَ عَلَى الثَّمَرَةِ بَعْدَ فُسْخِ الْعَقْدِ إِذَا تَعَذَّرَ بَيْعُهَا ، كَالْحُكْمِ هُنَا سَوَاءً .

فصل : وَإِنْ هَرَبَ الْعَامِلُ ، فَلَرَبِّ الْمَالِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ . وَإِنْ قُلْنَا بِلُزُومِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَالِ الْوَارِثِ وَأَبَى وَارِثُهُ أَنْ يَقُومَ مَقَامَهُ ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَجِدِ الْحَاكِمَ لَهُ مَالًا ، وَأَمَكْنَهُ الْاِقْتِرَاضُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَعَلَّ ، وَإِنْ لَمْ يَمَكْنَهُ ، وَوَجَدَ مَنْ يَعْمَلُ بِأَجْرَةٍ مُوَجَّلَةٍ إِلَى وَقْتِ إِذْرَاكِ الثَّمَرَةِ ، فَعَلَّ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، فَلَرَبِّ الْمَالِ الْفَسْخُ . أَمَّا الْمَيْتُ فَلَا يَقْتَرِضُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ذِمَّةَ لَهُ .

فصل : وَالْعَامِلُ أَمِينٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ هَلَاكِ ، وَمَا يُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ ؛ لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ ائْتَمَنَهُ بِدَفْعِ^(٦٨) مَالِهِ إِلَيْهِ ، فَهُوَ كَالْمُضَارِبِ ، فَإِنْ أَتَاهُمْ ، حَلَفَ ، فَإِنْ ثَبَّتَتْ خِيَانَتُهُ بِإِقْرَارٍ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ نُكُولِهِ ، ضَمُّهُ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظَهُ ، اسْتُوجِرَ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُ عَمَلَهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الْمَالِكِ : لَا يُقَامُ عَلَيْهِ مَقَامُهُ ، بَلْ يُحْفَظُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ فُسْخَهُ لَا يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الْمَنَافِعِ الْمَقْصُودَةِ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ فَسَخَ بِغَيْرِ الْخِيَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَنَافِعِ

(٦٧) فِي ب : « فِي الْمَسَاقَاةِ » .

(٦٨) فِي ب : « بِدَفْعِهِ » .

الْمَقْصُودَةُ مِنْهُ ، فَاسْتَوْفَيْتَ بغيرِهِ ، كَمَا لَوْ هَرَبَ . وَلَا تُسَلِّمُ إِمَّاكَانَ اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ مِنْهُ ؛
لَأَنَّهُ لَا يُؤْمِنُ مِنْهُ ^(٦٩) تَرْكُهَا ، وَلَا يُوثِقُ مِنْهُ بِفِعْلِهَا ، وَلَا نَقُولُ إِنَّ لَهُ فَسْخَ الْمُسَاقَاةِ ، وَإِنَّمَا
^(٧٠) نَقُولُ : لَمَّا ^(٧١) لَمْ يُمْكِنْ حِفْظُهَا مِنْ خِيَانَتِكَ ، أَقَمَ غَيْرَكَ يَعْمَلُ ذَلِكَ ، وَارْفَعَ يَدَكَ ^(٧٢)
عنها ؛ لِأَنَّ الْأَمَانَةَ قَدْ تَعَذَّرَتْ فِي حَقِّكَ ، فَلَا يَلْزَمُ رَبَّ الْمَالِ اتِّمَانُكَ . وَفَارَقَ فَسَخَهُ
بِغَيْرِ الْخِيَانَةِ ؛ فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، وَهَلْهُنَا يُفَوِّتُ مَالَهُ .

ظ ٦٨/٥

فصل : فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْعَمَلِ ، لِضَعْفِهِ مَعَ أَمَانَتِهِ ، ضَمُّ إِلَيْهِ غَيْرُهُ ، وَلَا يَنْزِعُ مِنْ
يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ ، وَلَا ضَرَرَ فِي بَقَاءِ يَدِهِ عَلَيْهِ . وَإِنْ عَجَزَ بِالْكُلِّيَّةِ ، أَقَامَ
مُقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَيْهِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ تَوْفِيَةَ الْعَمَلِ ، وَهَذَا مِنْ
تَوْفِيَّتِهِ .

فصل : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ لِلْعَامِلِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ . ذَكَرَهُ ابْنُ
حَامِدٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ ، إِذَا ادَّعَى مَا يُشْبِهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى سَبَبًا ، لِتَسْلِيمِهِ
لِلْحَائِطِ وَالْعَمَلِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَتَحَالَفَانِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اخْتَلَفَا فِيمَا تَنَاوَلَتْهُ الْمُسَاقَاةُ
مِنَ الشَّجَرِ . وَلَنَا ، أَنَّ رَبَّ الْمَالِ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ الَّتِي ادَّعَاهَا الْعَامِلُ ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ؛
لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٧٣) . فَإِنْ
كَانَ مَعَ أَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَفِي أَيِّهِمَا تَقَدَّمَ
بَيِّنَتُهُ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى بَيِّنَةِ الدَّخِيلِ وَالْخَارِجِ . فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِاثْنَيْنِ ، فَصَدَّقَ
أَحَدُهُمَا الْعَامِلَ ، وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ ، أَخَذَ نَصِيبَهُ مِنْ مَالِ الْمُصَدَّقِ . فَإِنْ شَهِدَ عَلَى
الْمُنْكَرِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ إِذَا كَانَ عَدْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُرُّ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ ضَرَرًا ،

(٦٩) فِي م : « مِنْ » .

(٧٠-٧١) سَقَطَ مِنْ م : وَفِي ب : « نَقُولُ مَا » .

(٧١) فِي ب ، م : « بَدَلًا » .

(٧٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي : ٦ / ٥٢٥ .

وَيُخْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا ، كَانَتْ شَهَادَتُهُ كَعَدَمِهَا . وَلَوْ كَانَ الْعَامِلُ اثْنَيْنِ ، وَرَبُّ الْمَالِ وَاحِدًا ، فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ أَيْضًا ؛ لَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَمِلْكُ الْعَامِلِ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَرَةِ بِظُهُورِهَا ، فَلَوْ تَلَفَتْ^(٧٣) كُلُّهَا إِلَّا وَاحِدَةً ، كَانَتْ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَالثَّانِي يَمْلِكُهُ بِالْمُقَاسَمَةِ ، كَالْقِرَاضِ . وَلَنَا ، أَنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ ، فَيُبَيِّنُ مُقْتَضَاهُ ، كَسَائِرِ الشُّرُوطِ الصَّحِيحَةِ ، وَمُقْتَضَاهُ كَوْنُ الثَّمَرَةِ بَيْنَهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَمْلِكْهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، لَمَا وَجِبَتْ الْقِسْمَةُ ، وَلَا مَلَكَهَا ، كَالْأَصُولِ . وَأَمَّا الْقِرَاضُ ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الرَّبْعَ فِيهِ^(٧٤) بِالظُّهُورِ كَمَسَائِلِنَا ، ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الرَّبْعَ وَقَايَةً لِرَأْسِ الْمَالِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ حَتَّى يُسَلِّمَ رَأْسَ الْمَالِ لِرَبِّهِ ، وَهَذَا لَيْسَ بِوَقَايَةٍ^(٧٥) لَشَيْءٍ ، وَلِذَلِكَ لَوْ تَلَفَتْ الْأَصُولُ كُلُّهَا كَانَتْ الثَّمَرَةُ بَيْنَهُمَا . فَإِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَكَاةُ نَصِيبِهِ ، إِذَا بَلَغَتْ حِصَّتُهُ نَصَابًا . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحَدٌ فِي الْمُزَارَعَةِ . وَإِنْ لَمْ تَبْلُغِ النَّصَابَ إِلَّا بِجَمْعِهِمَا ، لَمْ تَجِبْ ؛ لِأَنَّ الْخُلْطَةَ لَا تُؤَثِّرُ فِي غَيْرِ الْمَوَاشِي فِي الصَّحِيحِ . وَعَنْهُ أَنَّهَا تُؤَثِّرُ ، فَتُؤَثِّرُ هَهُنَا ، فَيَبْدَأُ بِإِخْرَاجِ الزَّكَاةِ ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ^(٧٦) مَا / بَقِيَ . وَإِنْ كَانَتْ حِصَّةُ أَحَدِهِمَا تَبْلُغُ نَصَابًا دُونَ الْآخَرِ ، فَعَلَى مَنْ بَلَغَتْ حِصَّتُهُ نَصَابًا الزَّكَاةَ دُونَ الْآخَرِ ، يُخْرِجُهَا بَعْدَ الْمُقَاسَمَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِمَنْ لَمْ تَبْلُغْ حِصَّتُهُ نَصَابًا مَا يَتِمُّ بِهِ النَّصَابُ مِنْ مَوَاضِعَ^(٧٧) أُخَرَ ، فَتَجِبُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا الزَّكَاةُ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا ثَمَرٌ مِنْ جِنْسِ حِصَّتِهِ ، يَتَلَفَانِ بِمَجْمُوعِهِمَا نَصَابًا ، فَعَلَيْهِ الزَّكَاةُ فِي حِصَّتِهِ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِمَّنْ لَا زَكَاةَ عَلَيْهِ ، كَالْمُكَاتِبِ ، وَالذَّمِّيِّ .

(٧٣) فِي ب ، م : « أَتَلَفَتْ » .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهُ » .

(٧٥) فِي الْأَصْلِ : « وَقَايَةً » .

(٧٦) فِي ب ، م : « يَقْسِمَانِ » .

(٧٧) فِي الْأَصْلِ : « مَكَانَ » . وَفِي ب : « مَوْضِعٌ » .

فعلی الآخر زكاة حصته إن بلغت نصاباً . وبهذا كله قال مالك ، والشافعي . وقال
 الليث : إن كان شريكه نصرانياً ، أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ، ثم يقاسمه بعد
 الزكاة ما بقي . ولنا ، أن النصراني لا زكاة عليه ، فلا يخرج من حصته شيء ، كما لو
 انفرد بها ، وقد روى أبو داود ، في « السنن »^(٧٨) ، عن عائشة ، رضي الله عنها ،
 قالت : كان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة ، فيحرض النخل حين يطيب ،
 قبل أن يؤكل منه ، ثم يخير يهود خيبر ، أيا أخذونه بذلك الخرص ، أم يدفعونه إليهم
 بذلك الخرص ، لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق^(٧٩) . قال جابر :
 حرصها ابن رواحة أربعين ألف وسقي ، وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا
 الثمرة^(٨٠) وعليهم عشرون ألف وسقي .

فصل : وإن ساقاه على أرض خراجية ، فالخراج^(٨١) على رب المال ؛ لأنه يجب
 على الرقية ، بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجر^(٨٢) أو لم تثمر . ولأن الخراج يجب
 أجرة للأرض ، فكان على رب الأرض ، كما لو استأجر أرضاً وزرع غيره فيها . وبهذا
 قال الشافعي . وقد نقل عن أحمد ، في الذي يتقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها ، وهي
 من أرض السواد يتقبلها من السلطان ، فعلى من يقبلها أن يؤدى وظيفة عمر رضي الله
 عنه ، ويؤدى العشر بعد وظيفة عمر . وهذا معناه — والله أعلم — إذا دفع السلطان
 أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدى خراجها ، فإنه يبدأ فيؤدى خراجها ، ثم يزكى
 ما بقي . كما ذكره الخرقى في باب الزكاة . ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه هنا ، إن
 شاء الله تعالى .

(٧٨) في : باب في الخرص ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٦ .

(٧٩) في الأصل : « وتفرق » .

(٨٠) في ب ، م : « الهمر » .

(٨١) في م : « فالخراج » . خطأ .

(٨٢) في ب ، م : « الشجرة » .

٨٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ فَضْلَ دَرَاهِمَ)

يعنى إذا شَرَطَ جُزْءًا مَعْلُومًا مِنَ الثَّمَرَةِ ، وَدَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، كَعَشْرَةٍ وَنَحْوِهَا ، لَمْ يَجُزْ بغيرِ خِلَافٍ ؛ / لِأَنَّهُ رِمَا لَمْ يَحْدُثْ مِنَ الثَّمَاءِ مَا يُسَاوِي تِلْكَ الدَّرَاهِمَ ، فَيَتَضَرَّرُ رَبُّ الْمَالِ ، وَلِذَلِكَ مَنَعْنَا مِنْ اشْتِرَاطِ أَقْفَرَةٍ مَعْلُومَةٍ . وَلَوْ شَرَطَ لَهُ دَرَاهِمَ مُنْفَرِدَةً عَنِ الْجُزْءِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِذَلِكَ . وَلَوْ جَعَلَ لَهُ ثَمَرَةً سَنَةٍ غَيْرِ السَّنَةِ الَّتِي سَاقَاهُ فِيهَا ، أَوْ ثَمَرًا شَجَرٍ غَيْرِ الشَّجَرِ الَّذِي سَاقَاهُ عَلَيْهِ ، أَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ عَمَلًا فِي غَيْرِ الشَّجَرِ الَّذِي سَاقَاهُ عَلَيْهِ ، أَوْ عَمَلًا فِي غَيْرِ السَّنَةِ ، فَسَدَ الْعَقْدُ ، سَوَاءٌ جَعَلَ ذَلِكَ كُلَّ حَقِّهِ أَوْ بَعْضَهُ ^(١) (أَوْ جَمِيعَ الْعَمَلِ ، أَوْ بَعْضَهُ ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ يُخَالِفُ مَوْضُوعَ الْمُسَاقَاةِ ، إِذْ مَوْضُوعُهَا أَنْ يَفْعَلَ فِي شَجَرٍ مُعَيَّنٍ ، بَجُزْءٍ مُشْتَاعٍ مِنْ ثَمَرَتِهِ ، فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ فِيهِ الْعَمَلُ .

فصل : وَإِذَا سَاقَى رَجُلًا ، أَوْ زَارَعَهُ ، فَعَامِلَ الْعَامِلِ غَيْرَهُ عَلَى الْأَرْضِ أَوْ الشَّجَرِ ^(٣) ، لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَأَجَازَهُ مَالِكٌ ، إِذَا جَاءَ بِرَجُلٍ أَمِينٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَامِلٌ فِي الْمَالِ بِجُزْءٍ مِنْ ثَمَائِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يُعَامِلَ غَيْرَهُ فِيهِ ، كَالْمُضَارِبِ ، وَلِأَنَّهُ إِثْمًا أُذِنَ لَهُ فِي الْعَمَلِ فِيهِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَأْذَنَ لِغَيْرِهِ ، كَالْوَكِيلِ . فَأَمَّا إِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، فَلَهُ أَنْ يُزَارِعَ غَيْرَهُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ صَارَتْ مَنَافِعُهَا مُسْتَحَقَّةً لَهُ ، فَملَكَ الْمُزَارَعَةَ فِيهَا ، كَالْمَالِكِ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ دُونَ الْمُزَارِعِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْخَرَاجِ . وَكَذَلِكَ يَجُوزُ لِمَنْ فِي يَدِهِ أَرْضٌ خَرَاجِيَّةٌ أَنْ يُزَارِعَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْتَأْجِرِ لَهَا . وَلِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَنْ يُزَارِعَ فِي الْوَقْفِ ، وَيُسَاقَى عَلَى شَجَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِثْمًا مَالِكٌ لِرَقَبَةِ ذَلِكَ ، أَوْ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِكِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا عِنْدَ مَنْ أَجَازَ ^(٣) الْمُسَاقَاةَ وَالْمُزَارَعَةَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) في ب ، م : « والشجر » .

(٣) في الأصل : « اختار » .

فصل : وإذا ساقاه على ودي النخل^(٤) ، أو صغار الشجر ، إلى مدة يخمل فيها غالباً ، ويكون له فيها^(٥) جزء من الثمرة معلوم ، صح ؛ لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العاقل يكثر ، ونصيبه يقل ، وهذا لا يمنع صحتها ، كما لو جعل له سهمًا من ألف سهم . وفي الأقسام التي ذكرنا^(٦) في كبار النخل والشجر ، وهي أننا إن قلنا : المساقاة عقد جائز . لم نحتاج إلى ذكر مدة . وإن قلنا : هو لازم . ففيه ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، أن يجعل المدة زمنًا يخمل فيه غالباً ، فيصح ، فإن حمل فيها فله ما شرط له ، وإن لم يخمل فيها فلا شيء له . والثاني ، أن يجعلها إلى زمن لا يخمل فيه غالباً ، فلا يصح ، وإن عمل فيها^(٧) فهل يستحق الأجر ؟ على وجهين . وإن حمل في المدة ، لم يستحق ما جعل له ؛ لأن العقد وقع فاسداً . فلم يستحق ما شرط فيه . والثالث / ، أن يجعل المدة زمنًا يحتمل أن يخمل فيها ، ويحتمل أن لا يخمل ، فهل يصح ؟ على وجهين . فإن قلنا : لا يصح . استحق الأجر . وإن قلنا : يصح . فحمل في المدة ، استحق ما شرط له ، وإن لم يخمل فيها ، لم يستحق شيئاً . وإن شرط له^(٨) نصف الثمرة ونصف الأصل ، لم يصح ؛ لأن موضوع المساقاة أن يشتركا في الثماء والفائدة ، فإذا شرط اشتراكهما في الأصل ،^(٩) لم يجز ، كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال . فعلى هذا يكون له أجر مثله . وكذلك لو جعل له جزءاً من ثمرتها ، مدة بقائها ، لم يجز . وإن جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة ، لم يجز ؛ لأنه يخالف موضوع المساقاة .

فصل : وإن ساقاه على شجر يفرسه ، ويعمل فيه حتى يخمل ، ويكون له جزء من

(٤) ودي النخل : صغاره .

(٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) في الأصل : ذكرناها ، .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : م .

(٩-٩) سقط من : الأصل .

الثمرة معلوم ، صح أيضا . والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر ، على ما بيناه .
وقد قال أحمد ، في رواية المروزي ، في رجل قال لرجل : اغرس في أرضي هذه شجرة أو
نحلا ، فما كان من غلة فلك بعملك ^(١٠) كذا وكذا سهما ، من كذا وكذا . فأجازه ،
واحتج بحديث خبير في الزرع والنخيل ^(١١) ، لكن بشرط أن يكون الغرس من رب
الأرض ، كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض ، فإن كان من العامل ،
خرج على الروايتين ، فيما إذا اشترط البذر ^(١٢) في المزارعة من العامل . وقال القاضي :
المعاملة باطلة ، وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ، ويضمن له أرض
تقصيها ، وبين إقرارها في أرضه ، ويدفع إليه قيمتها ، كالمشتري إذا غرس في الأرض
التي اشتراها ، ثم جاء الشفيع فأخذها . وإن اختار العامل قلع شجره ، فله ذلك ، سواء
بذل له القيمة أو لم يذلها ؛ لأنه ملكه ، فلم يمنع تحويله . وإن اتفقا على إبقاء
الغراس ^(١٣) ، ودفع أجر الأرض ، جاز . ولو دفع أرضه إلى رجل يعرسها ، على أن
الشجر بينهما ، لم يجز ، على ما سبق . ويحمل الجواز ، بناء على المزارعة ، فإن
المزارع يذر في الأرض ، فيكون الزرع بينه وبين صاحب الأرض ، وهذا نظيره . وإن
دفعها على أن الأرض والشجر بينهما ، فالمعاملة فاسدة ، وجهاً واحداً . وهذا قال
مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . ولا نعلم فيه مخالفاً ؛ لأنه شرط اشتراكهما في
الأصل ، ففسد ، كما لو دفع إليه الشجر والنخيل ليكون الأصل والثمر بينهما ، أو شرط
في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما .

ط ٧٠/٥ /فصل : وإذا ساقاه على شجر ، فإن مستحقاً بعد العمل ، أخذه ربه وثمرته ؛ لأنه
عين ماله ، ولا حق للعامل في ثمرته ؛ لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ، ولا أجر له عليه ؛

(١٠) في م : « بعمل » .

(١١) في الأصل : « والنخل » . وتقدم تخرج حديث خبير في صفحات ٥٢٧ ، ٥٣١ ، ٥٤٢ .

(١٢) في الأصل : « القلع » .

(١٣) في الأصل : « الغرس » .

لذلك ، وله أَجْرٌ مِثْلُهُ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ وَاسْتَعْمَلَهُ ، فَلَزِمَهُ الْأَجْرُ ، كَالْوِغْصَبِ
نُقْرَةً فَاسْتَأْجَرَ مَنْ ضَرَبَهَا دَرَاهِمَ . وَإِنْ شَمَسَ الثَّمَرَةُ فَلَمْ تَنْقُصْ ، أَخَذَهَا رُبُّهَا ، وَإِنْ
نَقَصَتْ ، فَلِرُبِّهَا أَرْضُ نَقْصِهَا ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهَا ، وَيَسْتَقِرُّ ذَلِكَ عَلَى
الْغَاصِبِ . وَإِنْ اسْتَحَقَّتْ بَعْدَ أَنْ اقْتَسَمَاهَا ، وَأَكَلَاهَا ، فَلِرَّبِّهَا تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ
مِنْهَا ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، فَلَهُ ^(١٤) تَضْمِينُهُ الْكُلَّ ، وَلَهُ تَضْمِينُهُ قَدْرَ نَصِيبِهِ ،
وَيُضْمَنُ ^(١٥) الْعَامِلُ قَدْرَ نَصِيبِهِ ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ سَبَبُ يَدِ الْعَامِلِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُ
الْجَمِيعِ . فَإِنْ ضَمَّنَهُ الْكُلَّ ، رَجَعَ عَلَى الْعَامِلِ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ وَجَدَ فِي يَدِهِ ،
فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَيَرْجِعُ الْعَامِلُ عَلَى الْغَاصِبِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَرْجِعَ
الْغَاصِبُ عَلَى الْعَامِلِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ، كَالْوِطْعَمِ لِإِنْسَانًا شَيْئًا ، وَقَالَ
لَهُ ^(١٦) : كُلْهُ ، فَإِنَّهُ طَعَامِي . ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مَعْصُوبٌ . وَإِنْ ضَمَّنَ الْعَامِلُ ، اخْتَمَلَ أَنَّهُ ^(١٧)
لَا يُضْمَنُهُ إِلَّا نَصِيبَهُ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ مَا قَبِضَ الثَّمَرَةَ كُلَّهَا ، وَإِنَّمَا كَانَ مُرَاعِيًا لَهَا وَحَافِظًا ،
فَلَا يَلْزِمُهُ ضَمَانُهَا مَا لَمْ يَقْبِضْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُضْمَنَهُ الْكُلُّ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ تَبَيَّنَتْ عَلَى الْكُلِّ
مُشَاهَدَةً بَغَيْرِ حَقٍّ . فَإِنْ ضَمَّنَهُ الْكُلَّ ، رَجَعَ الْعَامِلُ ^(١٨) عَلَى الْغَاصِبِ بِبَدْلِ نَصِيبِهِ ^(١٩)
مِنْهَا ، وَأَجْرٍ مِثْلِهِ . وَإِنْ ضَمَّنَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا صَارَ إِلَيْهِ ، رَجَعَ الْعَامِلُ عَلَى الْغَاصِبِ
بِأَجْرِ مِثْلِهِ لَا غَيْرُ . وَإِنْ تَلَفَتِ الثَّمَرَةُ فِي شَجَرِهَا ، أَوْ بَعْدَ الْجَذَاذِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَمَنْ
جَعَلَ الْعَامِلُ قَابِضًا لَهَا بِثُبُوتِ يَدِهِ عَلَى حَائِطِهَا ، قَالَ : يَلْزِمُهُ ضَمَانُهَا . وَمَنْ قَالَ ^(٢٠) :
لَا يَكُونُ قَابِضًا إِلَّا بِأَخْذِ نَصِيبِهِ مِنْهَا . قَالَ : لَا يَلْزِمُهُ الضَّمَانُ ، وَيَكُونُ عَلَى الْغَاصِبِ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « قَدْر » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « وَتَضْمِين » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٧) فِي ب : « أَنْ » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « تَضْمِينُهُ » .

(٢٠) فِي م : « جَعَلَهُ » .

بَابُ الْمَزَارَعَةِ*

٨٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَتَجُوزُ الْمَزَارَعَةُ بِنِعْضٍ مَا يَخْرُجُ مِنَ ^(١) الْأَرْضِ)

مَعْنَى الْمَزَارَعَةِ : دَفْعُ الْأَرْضِ إِلَى مَنْ يَزْرَعُهَا وَيَعْمَلُ عَلَيْهَا ، وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا . وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي قَوْلِ كَثِيرٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، قَالَ الْبُخَارِيُّ ^(٢) : قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ : مَا بِالْمَدِينَةِ أَهْلُ بَيْتٍ إِلَّا وَيَزْرَعُونَ عَلَى الثُّلُثِ وَالرُّبْعِ ، وَزَارَعَ عَلِيُّ وَسَعْدٌ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالْقَاسِمُ ، وَعُرْوَةُ ، وَآلُ / أَبِي بَكْرٍ ، وَآلُ عَلِيٍّ ، وَابْنُ سِيرِينَ . وَمِمَّنْ رَأَى ذَلِكَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَطَاوُسٌ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ الْأَسْوَدِ ، وَمُوسَى بْنُ طَلْحَةَ ^(٣) ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُهُ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ مُعَاذٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ يَزِيدَ . قَالَ الْبُخَارِيُّ ^(٤) : وَعَامَلُ عُمَرُ النَّاسَ عَلَى أَنَّهُ إِنْ جَاءَ عُمَرُ بِالْبَذْرِ مِنْ عِنْدِهِ ، فَلَهُ الشَّطْرُ ، وَإِنْ جَاءُوا بِالْبَذْرِ ، فَلَهُمْ كَذَا . وَكَرِهَهَا عِكْرِمَةُ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَالتَّحِيصِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ الْأَمْرَانِ جَمِيعًا . وَأَجَازَهَا الشَّافِعِيُّ فِي الْأَرْضِ بَيْنَ النَّخِيلِ ، إِذَا كَانَ بَيَاضُ الْأَرْضِ أَقْلَ ، فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ فَعَلَى وَجْهَيْنِ . وَمَنْعَهَا فِي الْأَرْضِ الْبَيَاضِ ؛ لِمَا رَوَى رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ قَالَ : كُنَّا نَخَاطِرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . ^(٥) فَذَكَرَ أَنَّ بَعْضَ عُمُومَتِهِ أَتَاهُ ، فَقَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَمْرِ كَانَ لَنَا نَافِعًا ، وَطَوَاعِيَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْفَعُ . قَالَ ، قُلْنَا : مَا ذَاكَ ؟ قَالَ : قَالَ :

(*) هذا العنوان لم يرد في الأصل .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في باب المزارعة بالشطر . من كتاب الحर्थ . صحيح البخارى ٣ / ١٣٧ .

(٣) موسى بن طلحة بن عبيد الله التميمي ، كان يسمى في زمانه المهدي ، توفي سنة ثلاث ومائة . المعبر ١ / ١٢٦ .

(٤ - ٥) سقط من : ب . نقلة نظر .

رسول الله ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرِعْهَا ، وَلَا يُكْرِهْهَا بَثْلٌ وَلَا بَرْنَجٌ ، وَلَا يَطْعَامٌ مُسَمًّى »^(٥) . وعن ابن عمر ، قال : ما كُنَّا نَرَى بِالْمُزَارَعَةِ بَأْسًا حَتَّى سَمِعْتُ^(٦) رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ يَقُولُ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْهَا^(٧) . وقال جَابِرٌ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ الْمُخَابَرَةِ^(٨) . وهذه كلها أَحَادِيثُ صِيحَاحٌ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا . وَالْمُخَابَرَةُ : الْمُزَارَعَةُ . وَاشْتِقَاقُهَا مِنَ الْخَبَارِ ، وَهِيَ الْأَرْضُ اللَّيْنَةُ ، وَالْخَبِيرُ : الْأَكَارُ . وَقِيلَ : الْمُخَابَرَةُ مُعَامَلَةُ أَهْلِ خَبِيرٍ . وَقَدْ جَاءَ حَدِيثُ جَابِرٍ مُفَسَّرًا ، فَرَوَى الْبُخَارِيُّ^(٩) ، بِإِسْنَادِهِ^(١٠) عَنْ

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسى بعضهم بعضا في الزراعة والثمار ، من كتاب الحرث والمزارعة ، صحيح البخاري ٣ / ١٤١ . ومسلم ، في : باب كراء الأرض بالطعام ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٨١ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في التشديد في ذلك ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٣ . والنسائي ، في : باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض ... ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٩ . وابن ماجه ، في : باب استكراء الأرض بالطعام ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٣ ، ٨٢٤ . وأخرج البخاري نحوه في : باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسى بعضهم بعضا في الزراعة والثمار ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ٣ / ١٤١ . (٦) في م : سمعنا .

(٧) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود في المواضع السابقة ، كما أخرجه النسائي ، في : باب كراء الأرض بالثلث والرابع ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٦ ، ٣٧ . وابن ماجه ، في : باب كراء الأرض ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٠ .

(٨) أخرجه البخاري ، في : باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ٣ / ١٥١ . ومسلم ، في : باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة ، وباب كراء الأرض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٧٤ ، ١١٧٥ ، ١١٧٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المخابرة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في النهي عن الثنيا ، وباب ما جاء في المخابرة والمعومة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٩٠ ، ٥٢ / ٦ . والنسائي ، في : باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ، وباب الزرع بالطعام ، وباب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٧ ، ٢٦٠ . والإمام أحمد ، في المسند : ٣ / ٣١٣ ، ٣٩١ ، ٣٥٦ .

(٩) في : باب فضل المنيحة ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٣ / ٢١٧ . كما أخرجه مسلم ، في : باب كراء الأرض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٧٧ . وابن ماجه ، في : باب المزارعة بالثلث والرابع ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١٩ . (١٠) سقط من : م .

جابر ، قال : كانوا يَزْرَعُونَهَا بِالثُّلْثِ والرُّبْعِ والنِّصْفِ ، فقال النبي ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا ، أَوْ لِيَمْنَحْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهُ » . وَرَوَى تَفْسِيرُهَا عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، فَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١١) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ زَيْدٍ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ الْمُخَابَرَةِ . قُلْتُ : وَمَا الْمُخَابَرَةُ ؟ قَالَ : أَنْ يَأْخُذَ ^(١٢) الْأَرْضَ يَنْصِفُ أَوْ ثُلْثُ أَوْ رُبْعٌ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ ، قَالَ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا ، مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٣) . وَقَدْ رَوَى ذَلِكَ عَنْ ^(١٤) ابْنِ عَبَّاسٍ وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ . وَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ : عَامَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ بِالشَّطْرِ ، ثُمَّ أَبُو بَكْرٍ ، ثُمَّ عُمَرُ ، وَعُثْمَانُ ، وَعَلِيٌّ ، ثُمَّ / أَهْلُهُمْ إِلَى الْيَوْمِ يُعْطُونَ الثُّلْثَ والرُّبْعَ ^(١٥) . وَهَذَا أَمْرٌ صَحِيحٌ مَشْهُورٌ عَمِلَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى مَاتَ ، ثُمَّ خُلَفَاؤُهُ الرَّاشِدُونَ حَتَّى مَاتُوا ، ثُمَّ أَهْلُهُمْ مِنْ بَعْدِهِمْ ، وَلَمْ يَنْقُ بِالْمَدِينَةِ أَهْلُ بَيْتٍ إِلَّا عَمِلَ بِهِ ، وَعَمِلَ بِهِ أَزْوَاجُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنْ بَعْدِهِ ، فَرَوَى الْبُخَارِيُّ ^(١٦) ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا ، مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرٍ ، فَكَانَ يُعْطَى أَزْوَاجَهُ مِائَةَ وَسَقٍ ، ثَمَانُونَ وَسَقًا ثَمَرًا ، وَعِشْرُونَ وَسَقًا شَعِيرًا ، فَقَسَمَ عُمَرُ خَيْبَرَ ، فَخَيَّرَ أَزْوَاجَ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَقْطَعَ لَهُنَّ مِنَ الْأَرْضِ وَالْمَاءِ ، أَوْ يُمَضِّيَ لَهُنَّ الْأَوْسُقُ ، فَمِنْهُنَّ مَنْ اخْتَارَ الْأَرْضَ ، وَمِنْهُنَّ مَنْ اخْتَارَ الْأَوْسُقَ ، فَكَانَتْ عَائِشَةُ اخْتَارَتْ الْأَرْضَ . وَمِثْلُ هَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُنْسَخَ ؛ لِأَنَّ النَّسْخَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَيَاةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَمَّا شَيْءٌ عَمِلَ بِهِ إِلَى أَنْ مَاتَ ، ثُمَّ عَمِلَ بِهِ خُلَفَاؤُهُ بَعْدَهُ ، وَأَجْمَعَتِ الصَّحَابَةُ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ عَلَيْهِ ، وَعَمِلُوا

(١١) في : باب في المخابرة ، من كتب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٥ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ١٨٧ ، ١٨٨ .

(١٢) في الأصل : « تأخذ » .

(١٣) تقدم تخريج حديث ابن عمر صفحة ٥٢٧ ، وحديث ابن عباس صفحة ٥٢٩ وحديث جابر صفحة ٥٥٠ .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) تقدم في صفحة ٥٢٧ .

(١٦) في : باب المزارعة بالشطرنحوه ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ٣ / ١٣٧ ، ١٣٨ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب المساقاة والمعاملة ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٨٦ .

به ، ولم يُخَالِفْ فيه منهم أحدٌ ، فكيف يجوزُ نَسْخُهُ ، ^(١٧) ومتى كان نَسْخُهُ ^(١٨) ؟ فإن كان نُسِخَ في حياة رسول الله ﷺ ، فكيف عُمِلَ به بعد نَسْخِهِ ، وكيف خَفِيَ نَسْخُهُ ، فلم يَبْلُغْ خُلَفَاءَهُ ، مع اشتِهَارِ قِصَّةِ خَيْبَرَ ، وَعَمَلِهِمْ فيها ؟ فأين كان راوِي النسخ ، حتى لم يَذْكُرْهُ ، ولم يُخْبِرْهُمْ به ؟ فأما ما احتجُّوا به ، فالجوابُ عن حَدِيثِ رَافِعٍ ، من أَرْبَعَةِ أَوْجِهٍ ؛ أحدها ، أَنَّهُ قد فَسَّرَ المَنْهَى عنه في حَدِيثِهِ بما لا يُخْتَلَفُ في فَسَادِهِ ، فَإِنَّهُ قال : كُنَّا من أَكْثَرِ الْأَنْصَارِ حَقْلًا ، فَكُنَّا نُكْرِي الْأَرْضَ على أَنَّ لنا هذه ، ولهم هذه ، فربَّما أَخْرَجَتْ هذه ولم تُخْرِجْ هذه ، فنهانا عن ذلك ، فأما بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ ، فلم يَنْهَنَا ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٩) . وفي لَفْظٍ : فَأَمَّا بَشْيٍ ^(٢٠) مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ ، فلا بَأْسَ . وهذا خارجٌ عن محلِّ الْخِلَافِ ، فلا دَلِيلَ فيه عليه ، ولا تَعَارُضَ بين الْحَدِيثَيْنِ . الثاني ، أَنَّ خَبْرَهُ وَرَدَّ في الْكِرَاءِ بِثُلْثٍ أَوْ رُبْعٍ ، والتَّرَاغُ في الْمَزَارَعَةِ ، ولم يَدُلْ حَدِيثُهُ عليها أصلاً ، وحَدِيثُهُ الذي فيه الْمَزَارَعَةُ يُحْمَلُ على الْكِرَاءِ أيضاً ؛ لِأَنَّ الْقِصَّةَ وَاحِدَةً ، رُوِيَ بِالْفَاضِلِ مُخْتَلَفَةً ، فَيَجِبُ تَفْسِيرُ أَحَدِ اللَّفْظَيْنِ بما يُوَافِقُ الْآخَرَ . الثالث ، أَنَّ أَحَادِيثَ رَافِعٍ مُضْطَرِبَةٌ جِدًّا ، مُخْتَلَفَةٌ اخْتِلَافًا كَثِيرًا . يُوجِبُ تَرْكَ الْعَمَلِ بها لو انفردتْ ، / فكيف يُقَدَّمُ على مثل حَدِيثِنَا ؟ قال الإمامُ أَحْمَدُ : حَدِيثُ رَافِعٍ الْوَانُ . وقال أيضاً : حَدِيثُ رَافِعٍ ضَرْوَبٌ . وقال ابنُ الْمُنْذِرِ : قد جاءتِ الْأَخْبَارُ عن رَافِعٍ بِعِلَلٍ تُدُلُّ على أَنَّ النَّهْيَ كانَ لذلك ، منها ، الذي ذَكَرْنَاهُ ، ومنها خَمْسٌ أُخْرَى . وقد أَنْكَرَهُ فَقِيهَانِ من فُقَهَاءِ الصَّحَابَةِ ؛ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وابنُ عَبَّاسٍ . قال زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ : أَنَا أَعْلَمُ بِذَلِكَ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا سَمِعَ النَّبِيَّ ﷺ رَجُلَيْنِ قد اقْتَتَلَا ، فقال : « إِنْ كَانَ هَذَا شَأْنُكُمْ ، فَلَا تُكْرُوا الْمَزَارِعَ » . رواه أَبُو دَاوُدَ وَالْإِسْنَمُ ^(٢١) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ ^(٢٢) ، عن عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ ،

و ٧٢/٥

(١٧-١٨) سقط من : ب .

(١٨) تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٨ .

(١٩) في ب ، م : « شيء » .

(٢٠) تقدم التخریج في صفحة ٥٢٩ .

قال : قلت لبطاوس : لو تَرَكْتُ الْمُخَابِرَةَ ، فَإِنَّهُمْ يَزْعُمُونَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْهَا . قال : إِنَّ أَعْلَمَهُمْ - يَعْنِي ابْنَ عَبَّاسٍ - أَخْبَرَنِي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَنْهَ عَنْهَا ، وَلَكِنْ قَالَ : « أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَجًا مَعْلُومًا » . ثم إنَّ أَحَادِيثَ رَافِعٍ مِنْهَا مَا يَخَالِفُ الإِجْمَاعَ ، وَهُوَ النَّهْيُ عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ عَلَى الإِطْلَاقِ ، وَمِنْهَا مَا لَا يُخْتَلَفُ فِي فُسَادِهِ ، كَمَا قَدْ بَيَّنَّا ، وَتَارَةً يُحَدِّثُ عَنْ بَعْضِ عُمُومَتِهِ ، وَتَارَةً عَنْ سَمَاعِهِ ، وَتَارَةً عَنْ ظَهِيرِ بْنِ رَافِعٍ ، وَإِذَا كَانَتْ أَخْبَارُ رَافِعٍ هَكَذَا ، وَجَبَ اطِّرَاحُهَا^(٢١) وَاسْتِعْمَالُ الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِي شَأْنِ خَيْرٍ ، الْجَارِيَةِ مَجْرَى التَّوَاتُرِ ، الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا ، وَبِهَا عَمِلَ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ وَغَيْرُهُمْ ، فَلَا مَعْنَى لِتَرْكِهَا بِمِثْلِ هَذِهِ الْأَحَادِيثِ الْوَاهِيَةِ . الْجَوَابُ الرَّابِعُ ، أَنَّهُ لَوْ قُدِّرَ صِحَّةُ حَدِيثِ رَافِعٍ ، وَامْتَنَعَ تَأْوِيلُهُ ، وَتَعَدَّرَ الْجَمْعُ ، لَوَجَبَ حَمْلُهُ عَلَى أَنَّهُ مَنْسُوخٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ نَسْخِ أَحَدِ الْحَبْرَيْنِ ، وَيَسْتَحِيلُ الْقَوْلُ بِنَسْخِ حَدِيثِ خَيْرٍ ؛ لِكَوْنِهِ مَعْمُولًا بِهِ مِنْ جِهَةِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى حِينِ مَوْتِهِ ، ثُمَّ^(٢٢) مِنْ بَعْدِهِ إِلَى عَصْرِ التَّابِعِينَ ، فَمَتَى كَانَ نَسْخُهُ ؟ وَأَمَّا حَدِيثُ جَابِرٍ فِي النَّهْيِ عَنِ الْمُخَابِرَةِ ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى أَحَدِ الْوُجُوهِ الَّتِي حُمِلَ عَلَيْهَا حَدِيثُ رَافِعٍ ؛ فَإِنَّهُ قَدْ رَوَى حَدِيثَ خَيْرٍ أَيْضًا ، فَيَجِبُ الْجَمْعُ بَيْنَ حَدِيثَيْهِ ، مَهْمَا أَمَكَّنْ ، ثُمَّ لَوْ حُمِلَ عَلَى الْمُزَارَعَةِ ، لَكَانَ مَنْسُوخًا بِقِصَّةِ خَيْرٍ ؛ لِاسْتِحَالَةِ نَسْخِهَا كَمَا ذَكَرْنَا ، وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ . فَإِنْ قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تُحْمَلُ أَحَادِيثُكُمْ عَلَى الْأَرْضِ الَّتِي بَيْنَ النَّخِيلِ ، وَأَحَادِيثُ النَّهْيِ عَنِ الْأَرْضِ الْبَيْضَاءِ جَمْعًا بَيْنَهُمَا . قُلْنَا : هَذَا بَعِيدٌ لَوُجُوهُ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يَبْعُدُ أَنْ تَكُونَ / بَلَدَةٌ كَبِيرَةٌ يَأْتِي مِنْهَا أَرْبَعُونَ أَلْفَ وَسْقٍ ، لَيْسَ فِيهَا أَرْضٌ بَيْضَاءٌ ، وَيَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ قَدِ^(٢٣) عَامِلُهُمْ عَلَى بَعْضِ الْأَرْضِ دُونَ بَعْضٍ ، فَيَنْقُلُ الرُّوَاةُ كُلُّهُمْ الْقِصَّةَ عَلَى الْعُمُومِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ ، مَعَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ . الثَّانِي ، أَنَّ مَا يَذْكُرُونَهُ مِنَ التَّأْوِيلِ لَا دَلِيلَ

(٢١) فِي ب ، م : « إِخْرَاجُهَا » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

عليه ، وما ذكرناه ذلك^(٢٤) عليه بعض الروايات ، وفسره الراوى له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث ، والجمع بينهما بحمل بعضهما^(٢٥) على ما فسره راويه به ، أولى من التحكم بما لا دليل عليه . الثالث ، أن قولهم يفضى إلى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لأحدهما وحده . الرابع ، أن فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين ، وأهلهم ، وفقهاء الصحابة ، وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته ومعانيها ، وهو أولى من قول من خالفهم . الخامس ، أن ما ذهبنا إليه مجمع عليه ، فإن أبا جعفر روى ذلك^(٢٦) عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الأربعة وأهلهم ، وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك^(٢٧) ، وهذا مما لا يجوز خفاؤه ، ولم ينكره من الصحابة منكر ، فكان إجماعاً . وما روى في مخالفته ، فقد بينا فساده ، فيكون هذا إجماعاً من^(٢٨) الصحابة رضى الله عنهم ، لا يسوغ لأحد خلافه . والقياس يقتضيه ، فإن الأرض عين تنمى بالعمل فيها ، فجازت المعاملة عليها ببعض ثمارها ، كالإثمان في المضاربة ، والتحل في المساقاة ، أو نقول : أرض ، فجازت المزارعة عليها ، كالأرض بين النخيل . ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة ؛ لأن أصحاب الأرض قد لا يقدرُونَ على زرعها ، والعمل عليها ، والأكرة يحتاجون إلى الزرع . ولا أرض لهم ، فافتضت حكمة الشرع جواز المزارعة ، كما قلنا في المضاربة والمساقاة ، بل الحاجة ههنا أكد ؛ لأن الحاجة إلى الزرع أكد^(٢٩) منها إلى غيره ، لكونه مقتاتاً ، ولكون الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها ، بخلاف المال ، ويدل على ذلك قول راوى حديثهم : نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً^(٣٠) . والشارع لا ينهى عن

(٢٤) في الأصل ، م : « دل » .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) سقط من : الأصل ، م .

(٢٧) تقدم في صفحة ٥٢٧ .

(٢٨) في ب : « من النبى ﷺ ومن » .

(٢٩) في ب : « أكثر » .

(٣٠) تقدم تحريجه في صفحة ٥٥٦ .

المنافع ، وإنما ينهى عن المضار والمفاسد ، فيدل ذلك على غلط الراوى فى التهى عنه ، وحصول المنفعة فيما ظنه منها عنه . إذا ثبت هذا ، فإن حكم المزارعة حكم المساقاة ، فى أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع ، وفى جوازها ، ولزومها ، وما يلزم العامل ورب الأرض ، وغير ذلك من أحكامها .

فصل : وإذا كان فى الأرض / شجر ، وبينه بياض أرض ، فساقاه على الشجر ، وزارعه الأرض التى بين الشجر ، جاز ، سواء قل بياض الأرض أو كثر ، نص عليه أحمد ، وقال : قد دفع النبى ﷺ خير على هذا . وهذا قال كل من أجاز المزارعة فى الأرض المفردة . فإذا قال : ساقيتك على الشجر ، وزارعتك على الأرض بالنصف . جاز . وإن قال : عاملتك على الأرض والشجر على النصف . جاز ؛ لأن المعاملة تشملهما . وإن قال : زارعتك على^(٣١) الأرض بالنصف ، وساقيتك على الشجر بالربع . جاز . كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ، ويجعل له فى^(٣٢) كل نوع قدرا . وإن قال : ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف . جاز ؛ لأن المزارعة مساقاة^(٣٣) من حيث إنها تحتاج إلى السقي فيها ، لحاجة الشجر إليه . وقال أصحاب الشافعى : لا يصح ؛ لأن المساقاة^(٣٤) لا تتناول الأرض ، وتصح فى النخل وحده . وقيل : ينبى على تفریق الصفة . ولنا ، أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه فى المعنى المشهور به فى الاشتقاق ، فصح ، كما لو عبر بلفظ البيع فى السلم ، ولأن المقصود المعنى ، وقد علم بقرائن أحواله . وهكذا إن قال فى الأرض البيضاء : ساقيتك على هذه الأرض ينصف ما يزرع فيها . فأما إن قال : ساقيتك على الشجر بالنصف . ولم يذكر الأرض ، لم تدخل فى العقد ، وليس للعامل أن يزرع . وهذا قال الشافعى . وقال مالك ، وأبو يوسف : للدخل زرعى البياض ، فإن تشارطا أن ذلك بينهما ، فهو جائز ، وإن اشترط صاحب

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) فى ب : ١ من .

(٣٣-٣٤) سقط من : الأصل .

الأرض أنه يزرع البياض ، لم يصح ؛ لأن الداخل يسمى لرب الأرض ، فتلك زيادة
أزادها عليه . ولنا ، أن هذا لم يتناول العقد ، فلم يدخل فيه ، كما لو كانت أرضاً
مفردة^(٣٤) .

فصل : وإن زارعه أرضاً فيها شجرات يسيرة ، لم يجز أن يشترط العايل ثمرتها ،
وهذا قال الشافعي ، وابن المنذر ، وأجاز مالك إذا كان الشجر يقدر الثلث أو أقل ؛
لأنه يسير ، فيدخل تبعاً . ولنا ، أنه اشترط الثمرة كلها ، فلم يجز ، كما لو كان الشجر
أكثر من الثلث .

فصل : وإن أجره بياض الأرض^(٣٥) ، وساقاه على الشجر الذي فيها ، جاز ؛ لأنهما
عقدان يجوزان لكل واحد منهما ، فجاز الجمع بينهما ، كالبيع ، والإجارة . ويحتمل
أن لا يجوز ، بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الأصل . والأول أولى ، إلا أن
يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها ، أو قبل / بدو صلاحها ، فلا يجوز ،
سواء جمعاً بين العقدين ، أو عقداً أحدهما بعد الآخر ؛ لما ذكرنا^(٣٦) في إبطال الحيل .

٧٣/٥ ط

٨٨٩ - مسألة ؛ قال : (إذا كان البذر من رب الأرض)

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض ، والعمل من
العايل . نص عليه أحمد ، في رواية جماعة . واختاره عامة الأصحاب . وهو مذهب
ابن سيرين ، والشافعي ، وإسحاق ؛ لأنه عقد يشترط العايل ورب المال في نمائه ،
فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما ، كالمساقاة والمضاربة . وقد روى عن
أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العايل ؛ فإنه قال ، في رواية مهننا ، في الرجل

(٣٤) في الأصل : مفردة .

(٣٥) في م : أرض .

(٣٦) في م : ذكر .

يكون له الأرض فيها نخْل وشَجَرٌ ، يذْفَعُهَا إلى قَوْمٍ يَزْرَعُونَ الأرضَ وَيُقِيمُونَ على الشَّجَرِ ، على أَنَّ له النُّصْفَ ، ولهم النُّصْفَ : فلا بَأْسَ بذلك ، وقد ذَفَعَ النَّبِيُّ ﷺ خَيْبَرَ على هذا^(١) . فأجَارَ ذَفَعَ الأرضَ لَزَرْعِهَا من غيرِ ذِكْرِ البَذْرِ . فعلى هذا أيُّهُمَا أَخْرَجَ البَذْرَ ، جَارَ . ورَوَى^(٢) ذلك عن عُمَرَ بنِ الحَطَّابِ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ^(٣) . وهو قولُ أبى يوسف ، وطَائِفَةٍ من أَهْلِ الحَدِيثِ ، وهو الصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللهُ تعالى . ورَوَى عن سَعْدِ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، وابنِ عمرَ ، أَنَّ البَذْرَ من العَامِلِ . ولعلَّهُمْ أَرَادُوا أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ من العَامِلِ ، فيكونُ كقولِ عمرَ ، ولا يكونُ قولًا ثَالِثًا . والدَّلِيلُ على صِحَّةِ مَا ذَكَرْنَا ، قولُ ابنِ عمرَ : ذَفَعَ رَسُولُ اللهِ ﷺ إلى يَهُودِ خَيْبَرَ نَخْلَ خَيْبَرَ وَأَرْضَهَا ، على أَنْ يَعْمَلُوهَا من أَمْوَالِهِمْ ، ولِرَسُولِ اللهِ ﷺ شَطْرُ ثَمَرِهَا . وفي لَفْظٍ : على أَنْ يَعْمَلُوهَا ، وَيَزْرَعُوهَا ، ولهم شَطْرُ مَا يَخْرُجُ منها . أَخْرَجَهُمَا الْبُخَارِيُّ^(٤) . فَجَعَلَ عَمَلَهَا من أَمْوَالِهِمْ ، وَزَرْعَهَا عليهم ، ولم يَذْكُرْ شَيْئًا آخَرَ ، وظَاهِرُهُ أَنَّ البَذْرَ من أَهْلِ خَيْبَرَ ، والأَصْلُ الْمُعَوَّلُ عَلَيْهِ في المَزَارَعَةِ قِصَّةُ^(٥) خَيْبَرَ ، ولم يَذْكُرِ النَّبِيُّ ﷺ أَنَّ البَذْرَ على المُسْلِمِينَ ، ولو كان شَرْطًا لَمَا أَخْلَ يَذْكُرُهُ ، ولو فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ وَأَصْحَابُهُ لَنَقَلَ ، ولم يَجْزِ الإِخْلَالُ بِنَقْلِهِ . ولأنَّ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فَعَلَ الأمرَيْنِ جَمِيعًا ، فَإِنَّ الْبُخَارِيَّ رَوَى عَنْهُ ، أَنَّهُ عَامَلَ النَّاسَ على أَنَّهُ^(٦) إِنْ جَاءَ عُمَرُ بالبَذْرِ من عِنْدِهِ ، فَلَهُ الشَّطْرُ ، وَإِنْ جَاءُوا بالبَذْرِ فَلَهُمْ كَذَا^(٧) ، فظَاهِرُهُ هَذَا أَنَّ ذَلِكَ اشْتَهَرَ فَلَمْ يُنْكَرْ ، فكان إجماعًا . فإن قيل : فهذا بِمَنْزِلَةِ

(١) سقط من : ب .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٧ .

(٣) في م زيادة : « نحو » .

(٤) أخرجه البخاري في : باب المزارعة بالشطرن ونحوه ، من كتاب الحرق والمزارعة . صحيح البخاري ٣ / ١٣٧ .

(٥) اللفظ الأول تقدم تخريجه في صفحة ٥٤١ والثاني في صفحة ٥٢٧ .

(٦) في الأصل : « قضية » .

(٧) هو الذي تقدم في أول المسألة .

بَيِّعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، فَكَيْفَ يَفْعَلُهُ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؟ قُلْنَا : يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ ^(٨) لِخَيْرِهِمْ فِي أَى الْعَقْدَيْنِ شَاءُوا ، فَمَنْ اخْتَارَ عَقْدًا / عَقَدَهُ مَعَهُ مُعَيَّنًا ، كَالْوَقَالِ فِي الْبَيْعِ : إِنْ شِئْتَ بِعْتَكُهُ بِعَشْرَةِ صِحَاحٍ ، وَإِنْ شِئْتَ بِأَحَدِ عَشَرَ مُكْسَرَةً ^(٩) . فَاخْتَارَ أَحَدُهُمَا فَعَقَدَ الْبَيْعَ مَعَهُ عَلَيْهِ مُعَبَّنًا . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ^(١٠) مَجِئُهُ بِالْبَذْرِ ، أَوْ شُرُوعُهُ فِي الْعَمَلِ بِغَيْرِ بَذَرٍ ، مَعَ إِقْرَارِ عَمْرَ لَهُ عَلَى ذَلِكَ وَعِلْمِهِ بِهِ ، جَرَى مَجْرَى الْعَقْدِ ، وَلِهَذَا رَوَى عَنْ أَحْمَدَ صِحَّةُ الْإِجَارَةِ فِيمَا إِذَا قَالَ : إِنْ خِطَبْتَهُ ^(١١) رُومِيًّا فَلَكَ دِرْهَمٌ ، وَإِنْ خِطَبْتَهُ فَارِسِيًّا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ . وَمَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا مِنَ الْقِيَاسِ يُخَالِفُ ظَاهِرَ النَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا ، فَكَيْفَ يُعْمَلُ بِهِ ؟ ثُمَّ هُوَ مُنْتَفِضٌ بِمَا إِذَا اشْتَرَكَ ^(١٢) مَا لَانَ وَبَدَنُ صَاحِبِ أَحَدِهِمَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْبَذَرُ مِنْهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَشَرَطَا أَنْ الزَّرْعَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، سِوَاءَ قُلْنَا بِصِحَّةِ الْمُرَاعَةِ أَوْ فَسَادِهَا ؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً ، فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ بَذَرِهِ ، لَكِنْ إِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّتِهَا ، لَمْ يَرْجِعْ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ . وَإِنْ قُلْنَا : مَنْ شَرَطَ صِحَّتِهَا إِخْرَاجُ رَبِّ الْمَالِ الْبَذَرِ . فَهِيَ فَاسِدَةٌ ، فَعَلَى الْعَامِلِ نِصْفُ أَجْرِ الْأَرْضِ ، وَلَهُ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ ^(١٣) نِصْفُ أَجْرِ عَمَلِهِ ، فَيَتَقَاصَّانِ بِقَدْرِ الْأَقْلِ مِنْهُمَا ، وَيَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْفَضْلِ . وَإِنْ شَرَطَا التَّقَاضُلَ فِي الزَّرْعِ ، وَقُلْنَا بِصِحَّتِهَا ، فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ، وَلَا تَرَاوَجَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ قُلْنَا بِفَسَادِهَا ، فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ بَذَرِهِمَا ، وَيَتَرَاوَجَانِ ، كَمَا ذَكَرْنَا .

(٨) سقط من : ب .

(٩) في م : « مكسورة » .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في الأصل : « جعلته » .

(١٢) في الأصل : « أشرك » .

(١٣) في ب : « المال » .

وكذلك إن تَفَاضَلَا فِي الْبَذْرِ ، وَشَرَطَا التَّسَاوَى فِي الزَّرْعِ ، أَوْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ بَذَرِهِ أَوْ أَقَلِّ .

فصل : فإن قال صاحبُ الأرضِ : أَجَرْتُكَ نِصْفَ أَرْضِي هَذِهِ ، يَنْصِفُ بَذْرَكَ ، وَيَنْصِفُ مَنْفَعَتَكَ وَمَنْفَعَةَ بَقْرِكَ ، وَآلِكَ . وَأَخْرَجَ الْمَزَارِعُ الْبَذْرَ كُلَّهُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ غَيْرَ مَعْلُومَةٍ . وَكَذَلِكَ لَوْ جَعَلَهَا أَجْرَةً لِأَرْضٍ أُخْرَى ، أَوْ دَارٍ ، لَمْ يَجُزْ ، وَيَكُونُ الزَّرْعُ كُلُّهُ لِلْمَزَارِعِ ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الْأَرْضِ . وَإِنْ أَمَكَّنَ عِلْمَ الْمَنْفَعَةِ وَضَبَطَهَا بِمَا لَا تَحْتَلِفُ مَعَهُ ، وَمَعْرِفَةَ الْبَذْرِ ، جَازَ ، وَكَانَ الزَّرْعُ بَيْنَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْبَذْرَ عِيُوضٌ ، فَيُشْتَرَطُ قَبْضُهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَبِيعًا ، وَمَا حَصَلَ فِيهِ قَبْضٌ . وَإِنْ قَالَ : أَجَرْتُكَ نِصْفَ أَرْضِي ، يَنْصِفُ مَنْفَعَتَكَ ، وَمَنْفَعَةَ بَقْرِكَ ، وَآلِكَ ، وَأَخْرَجَا الْبَذْرَ ، فَهِيَ كَالَّتِي قَبْلَهَا ، إِلَّا أَنَّ الزَّرْعَ يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ .

٨٩٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْأَرْضِ مِثْلَ / بَذَرِهِ ، وَيَقْتَسِمَا مَا بَقِيَ ، لَمْ يَجُزْ)

وكانت لِلْمَزَارِعِ أَجْرَةٌ مِثْلُهُ . وَكَذَلِكَ يَبْطُلُ إِنْ أَخْرَجَ الْمَزَارِعُ الْبَذْرَ ، وَيَصِيرُ الزَّرْعُ لِلْمَزَارِعِ ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةُ الْأَرْضِ . أَمَّا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْأَرْضِ مِثْلَ بَذَرِهِ ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ كَأَنَّهُ اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ قُقْرَانًا مَعْلُومَةً ، وَذَلِكَ شَرْطٌ فَاسِدٌ ، تَفْسُدُ بِهِ الْمَزَارَعَةُ ، لِأَنَّ الْأَرْضَ رَبُّمَا لَا يَخْرُجُ مِنْهَا إِلَّا تِلْكَ الْقُقْرَانِ ، فَيَحْتَصِرُ رَبُّ الْمَالِ بَهَا ، وَرَبُّمَا لَا تُخْرِجُهَا الْأَرْضُ . وَأَمَّا إِذَا أَخْرَجَ الْمَزَارِعُ الْبَذْرَ ، فَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي صِحَّةِ هَذَا الشَّرْطِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ ، أَنَّهُ فَاسِدٌ . فَإِذَا أَخْرَجَ الْمَزَارِعُ الْبَذْرَ ، فَسَدَتْ ، كَمَا لَوْ أَخْرَجَ الْعَامِلُ فِي الْمُضَارَبَةِ رَأْسَ الْمَالِ مِنْ عِنْدِهِ . وَمَتَى فَسَدَتْ الْمَزَارَعَةُ ، فَالزَّرْعُ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، يَنْقَلِبُ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ ، وَيَنْمُو ، فَصَارَ كَصِغَارِ الشَّجَرِ إِذَا غُرِسَ فَطَالَ ، وَالْبَيْضَةُ إِذَا حُضِنَتْ فَصَارَتْ فَرْخًا ، وَالْبَذْرُ هَهُنَا مِنَ الْمَزَارِعِ ، فَكَانَ الزَّرْعُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ رَبَّهَا إِنَّمَا بَدَّلَهَا

له^(١) يَعْوَضُ لم يُسَلِّمْ له ، فَرَجَعَ إِلَى عَوْضٍ مَنَافِعِهَا الْفَائِتَةِ^(٢) بِزَرْعِهَا عَلَى صَاحِبِ الزَّرْع . وَلَوْ فَسَدَتْ ، وَالبَذْرُ مِنْ رَبِّ الْأَرْضِ ، كَانَ الزَّرْعُ لَهُ ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الْعَامِلِ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ البَذْرُ مِنْهُمَا ، فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا ، وَيَتَرَا جَعَانِ بِمَا يُفْضَلُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، مِنْ أَجْرِ مِثْلِ الْأَرْضِ الَّتِي فِيهَا نَصِيبُ الْعَامِلِ ، وَأَجْرُ الْعَامِلِ بِقَدْرِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِ الْأَرْضِ .

فصل : وَإِنْ زَارَعَهُ عَلَى أَنْ لِرَبِّ الْأَرْضِ^(٣) زَرْعًا بَعَيْنِهِ ، وَلِلْعَامِلِ زَرْعًا بَعَيْنِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِطَ لِأَحَدِهِمَا زَرْعَ نَاحِيَةٍ ، وَلِلْآخَرِ زَرْعَ أُخْرَى ، أَوْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا مَا عَلَى السُّوَاكِي وَالْجَدَاوِلِ ، إِمَّا مُتَفَرِّدًا ، أَوْ مَعَ نَصِيبِهِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ بِاجْتِمَاعِ الْعُلَمَاءِ ؛ لِأَنَّ الْحَبْرَ صَحِيحٌ فِي النَّهْيِ عَنْهُ ، غَيْرُ مُعَارَضٍ وَلَا مَنْسُوخٍ ، وَلِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَلَفِ مَا عَيْنَ لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَيَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالْعَلَّةِ دُونَ صَاحِبِهِ .

فصل : وَالشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ فِي الْمُسَاقَاةِ وَالْمَزَارَعَةِ تَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا يَعُودُ بِجَهَالَةِ نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، مِثْلَ مَا ذَكَرْنَا هُنَا ، أَوْ أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا نَصِيبًا مَجْهُولًا ، أَوْ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، أَوْ أَقْفَزةً مُعَيَّنَةً^(٤) ، أَوْ أَنَّهُ إِنْ سَقَى سَيَحَا فَلَهُ كَذَا ، وَإِنْ سَقَى بِكُلْفَةٍ فَلَهُ كَذَا . فَهَذَا يُفْسِدُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَعُودُ إِلَى جَهَالَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ بِثَمَنِ مَجْهُولٍ ، وَالْمُضَارَبَةَ مَعَ جَهَالَةِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا . وَإِنْ / شَرَطَ البَذْرَ مِنَ الْعَامِلِ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فَسَادُ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ إِذَا فَسَدَ ، لَزِمَ كَوْنُ الزَّرْعِ لِرَبِّ البَذْرِ ، لِكَوْنِهِ نَمَاءً مَالِهِ ، فَلَا يَحْصُلُ لِرَبِّ الْأَرْضِ شَيْءٌ مِنْهُ ، وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ ، وَهَذَا مَعْنَى الْفَسَادِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ مَا لَا يُفْضَى إِلَى جَهَالَةِ الرَّبِّجِ ، كَعَمَلِ رَبِّ الْمَالِ مَعَهُ ، أَوْ عَمَلِ

٧٥٥

(١) سقط من : ب .

(٢) في ب ، م : « الثابتة » .

(٣) في ب : « المال » .

(٤) في الأصل : « بعينها » .

العامل في شيء آخر ، فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يُخَرَّجُ على رَوَاتَيْنِ ، بناءً على (٥) الشرط الفاسدة في البيع والمضاربة .

فصل : وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ، ليزرع في أرضه ، ويكون ما يخرج بينهما ، فهو فاسد أيضا ؛ لأن البذر ليس من رب الأرض ، ولا من العامل ، ويكون الزرع لصاحب البذر ، وعليه أجر الأرض والعمل . وإن قال صاحب الأرض لرجل : أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي ، ويكون سقيها من مائلك ، والزرع بيننا . ففيها روايتان ؛ إحداهما ، لا يصح . اختارها القاضي ؛ لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل ، وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر ، لأن الماء لا يباع ولا يستأجر ، فكيف تصح المزارعة به ؟ والثانية ، يصح . اختارها أبو بكر ، ونقلها عن أحمد يعقوب ابن بختان (٦) ، وحزب ؛ لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع ، فجاز أن يكون من أحدهما ، كالأرض والعمل . والأول أصح ؛ لأن هذا ليس بمنصوص عليه ، ولا في معنى المنصوص ؛ لما ذكرناه .

فصل : وإن اشترك ثلاثة ، من أحدهم الأرض ، ومن الآخر البذر ، ومن الآخر البقر والعمل ، على أن ما رزق الله بينهم ، فعملوا ، فهذا عقد فاسد ، نص عليه ، في رواية أبي داود ، ومهنا ، وأحمد بن القاسم ، وذكر حديث مجاهد ، في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ ، فقال أحدهم : عَلَى الْفَدَانِ (٧) . وقال الآخر : قَبْلِي (٨) الأرض . وقال الآخر : قَبْلِي (٨) البذر . وقال الآخر : قَبْلِي (٨) العمل . فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر ، وألقى صاحب الأرض ، وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ، ولصاحب الفدان شيئا معلوما (٩) . فقال أحمد : لا يصح ، والعمل

(٥-٥) في م : « الشرط الفاسد » .

(٦) هو يعقوب بن إسحاق بن بختان . تقدم في : ١ / ٤٤٥ .

(٧) الفدان : الهراث .

(٨) في ب : « على » .

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب القوم يشتركون في الزرع ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٧ / ١٢٣ .

على^(١٠) غيره . وذكر هذا الحديث سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، عن الْوَلِيدِ بْنِ مُسْلِمٍ ، عن الْأَوْزَاعِيِّ ، وعن وَاصِلِ بْنِ أَبِي جَمِيلٍ ، عن مُجَاهِدٍ ، وقال في آخره : فَحَدَّثْتُ بِهِ^(١١) مَكْحُولًا ، فقال : مَا يَسُرُّنِي بِهَذَا الْحَدِيثِ وَصِيفٌ^(١٢) . وَحُكْمُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ حُكْمُ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي صَدْرِ الْفَصْلِ ، / وَهُمَا فَاسِدَانِ ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْمَزَارَعَةِ عَلَى أَنَّ الْبَذَرَ مِنْ رَبِّ الْأَرْضِ ، أَوْ مِنَ الْعَامِلِ ، وَلَيْسَ هُوَ هَهُنَا مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَلَيْسَتْ شَرِكَةً ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَكُونُ بِالْأَثْمَانِ ، وَإِنْ كَانَتْ بِالْعُرُوضِ ، اِغْتَبِرَ كَوْنُهَا مَعْلُومَةً ، وَلَمْ يَوْجَدْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ هَهُنَا . وَلَيْسَتْ إِجَارَةً ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَقْتَضِي إِلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَعَوَضٍ مَعْلُومٍ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ^(١٣) / ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . فَعَلِيَ هَذَا يَكُونُ الزَّرْعُ لِصَاحِبِ الْبَذَرِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مَالِهِ ، وَلِصَاحِبِيهِ عَلَيْهِ أَجْرٌ مِثْلُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ لهما الْمُسَمَّى ، فَإِذَا لَمْ يُسَلَّمْ ، عَادَ إِلَى بَدَلِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ النَّمَاءَ لِصَاحِبِ الْبَذَرِ ، وَلَا تَلَزُمُهُ الصَّدَقَةُ بِهِ ، كَسَائِرِ مَالِهِ . وَلَوْ كَانَتِ الْأَرْضُ لثَلَاثَةٍ ، فَاشْتَرَكُوا عَلَى أَنْ يَزْرَعُوهَا بِبَذَرِهِمْ وَدَوَابِّهِمْ وَأَعْوَانِهِمْ ، عَلَى أَنَّ مَا أَخْرَجَ اللَّهُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ مَالِهِمْ ، فَهُوَ جَائِزٌ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمْ لَا يُفْضَلُ صَاحِبِيهِ بِشَيْءٍ .

٧٥/٥ ظ

٧٦/٥ و

فصل : وَإِذَا زَارَعَ رَجُلًا ، أَوْ آجَرَهُ أَرْضَهُ فزَرَعَهَا ، وَسَقَطَ مِنَ الْحَبِّ شَيْءٌ ، فَنَبَتَ فِي تِلْكَ الْأَرْضِ عَامًا آخَرَ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ .^(١٤) نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ أَيْ دَاوُدَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَارِثِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : هُوَ لِصَاحِبِ الْحَبِّ^(١٥) ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ بَذَرَهُ قَصْدًا . وَلَنَا ، أَنَّ صَاحِبَ الْحَبِّ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنْهُ بِحُكْمِ الْعَرْفِ ،

(١٠) في ب : « في » .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في الأصل ، ب : « وصيفا » .

والوصيف : الخادم ، غلاما كان أو جارية .

(١٣) جاءت علامة بداية الصفحة مبكرة ، لأن بقية السابقة مضروب عليها .

(١٤-١٥) سقط من : ب .

وَزَوَالِ^(١٥) يَلِكُهُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَّةَ تَرُكُ ذَلِكَ لِمَنْ يَأْخُذُهُ ، وَلِهَذَا أُبِيحَ التِّقَاطُ وَرَعِيَهُ . وَلَا نَعْلَمُ خِلَافًا فِي إِبَاحَةِ التِّقَاطِ مَا خَلَفَهُ الْحَصَا دُونَ مِنْ سُنْبُلٍ وَحَبٍّ وَغَيْرِهِمَا ، فَجَرَى ذَلِكَ مَجْرَى تَبْذِهِ عَلَى سَبِيلِ التَّرَكِّ لَهُ ، وَصَارَ كَالشَّيْءِ التَّافِهِ يَسْقُطُ مِنْهُ ، كَالثَّمَرَةِ وَاللُّقْمَةِ وَنَحْوِهِمَا . وَالنَّبِيُّ^(١٦) لَوْ التَّقَطُّهُ إِنْسَانًا ، فَعَرَسَهُ ، كَانَ لَهُ دُونَ مَنْ سَقَطَ مِنْهُ ، كَذَا هُنَا .

فصل : في إجارة الأرض / تجوزُ إجارَتُها بالوَرِقِ ، والذَّهَبِ ، وسائرِ العُرُوضِ ، سِوَى المَطْعُومِ ، في قولِ أَكْثَرِ الْعِلْمِ . قال أحمدُ : ما^(١٧) اِخْتَلَفُوا فِي الذَّهَبِ وَالوَرِقِ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَوَامُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ اكْتِرَاءَ الْأَرْضِ وَقْتُهَا مَعْلُومًا ، جَائِزٌ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ .^(١٨) رَوَيْنَا هَذَا الْقَوْلَ عَنْ سَعْدٍ^(١٩) ، وَرَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ ، وَابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعُرْوَةُ ، وَالْقَاسِمُ ،^(٢٠) وَسَالِمٌ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْحَارِثِ^(٢١) ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ طَاوُسٍ ، وَالْحَسَنِ كَرَاهَةَ ذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى رَافِعٌ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢٢) . وَلَنَا ، أَنَّ رَافِعًا قَالَ : أَمَّا بِالذَّهَبِ وَالوَرِقِ ، فَلَمْ يَنْهَنَا . يَعْنِي النَّبِيُّ ﷺ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢٣) . وَلِلْمُسْلِمِ^(٢٤) : أَمَّا بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ ، فَلَا بَأْسَ . وَعَنْ حَنْظَلَةَ بْنِ قَيْسٍ ، أَنَّهُ سَأَلَ رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ عَنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ ، فَقَالَ :

(١٥) في ب ، م : « وزال » .

(١٦) في ب : « والذي » .

(١٧) في الأصل ، م : « قلما » .

(١٨-١٩) في ب : « وشاهدا » .

(١٩) في ب ، م : « سعيد » . ويأتي .

(٢٠-٢١) في الأصل : « وسالم بن عبد الموت » . وفي ب : « وسالم بن عبد الله بن الحارث » .

(٢١) تقدم تخريجه في صفحة ٥٥٦ .

(٢٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٨ .

(٢٣) في : باب كراء الأرض بالذهب والورق ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٨٣ / ٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المزارعة . من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣١ ، ٢٣٢ .

نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ . قَالَ ، فَقُلْتُ : بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ؟ قَالَ : إِنَّمَا نَهَى عَنْهَا بَعْضُ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا ، أَمَّا بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فَلَا بَأْسَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢٤) ، وَعَنْ سَعْدٍ قَالَ : كُنَّا نُكْرِى الْأَرْضَ بِمَا عَلَى السَّوَاقِ وَمَا سَعَدَ ^(٢٥) بِالْمَاءِ مِنْهَا ، فَتَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ ، وَأَمَرْنَا أَنْ نُكْرِيهَا بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢٦) ، وَلَأَنَّهَا عَيْنٌ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ الْمُبَاحَةِ مِنْهَا ، مَعَ بَقَائِهَا ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهَا بِالْأَثْمَانِ وَنَحْوِهَا ، كَالدُّورِ . وَالْحُكْمُ فِي الْعُرُوضِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْأَثْمَانِ . وَأَمَّا حَدِيثُهُمْ ، فَقَدْ فَسَّرَهُ الرَّائِي بِمَا ذَكَرْنَاهُ عَنْهُ ^(٢٧) ، فَلَا يَجُوزُ الْاِخْتِجَاعُ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ . وَحَدِيثُنَا مُفَسَّرٌ لِحَدِيثِهِمْ ، فَإِنْ رَأَوْيْهِمَا وَاحِدٌ ، وَقَدْ رَوَاهُ عَامًّا وَخَاصًّا ، فَيُحْمَلُ الْعَامُّ عَلَى الْخَاصِّ ، مَعَ مُوَافَقَةِ / الْخَاصِّ لِسَائِرِ الْأَحَادِيثِ وَالْقِيَاسِ ^(٢٨) وَقَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . فَأَمَّا إِجَارَتُهَا بِطَعَامٍ ، فَتَنْقَسِمُ ثَلَاثَةً أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُوجَرَهَا بِمَطْعُومٍ غَيْرِ الْخَارِجِ مِنْهَا مَعْلُومٍ ، فَيَجُوزُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ ثَوَابٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَعِكْرِمَةُ ^(٢٩) ، وَالتَّحَعُّيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَمَنْعَ مِنْهُ مَالِكٌ ، حَتَّى مَنَعَ إِجَارَتَهَا بِاللَّبَنِ وَالْعَسَلِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : رِمَا تَهَيَّئَتْ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مِنْ أَحْمَدَ عَلَى سَبِيلِ الْوَرَعِ ، وَمَذْهَبُهُ الْعَجَازُ . وَالْحُجَّةُ لِلْمَالِكِ مَا رَوَى رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ ، عَنْ بَعْضِ عُمُومِيَّتِهِ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلَا يُكْرِيهَا بِطَعَامٍ مُسَمًّى » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَابْنُ مَاجَهَ ^(٣٠) . وَرَوَى ظَهِيرُ بْنُ

٧٧/٥

(٢٤) تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٨ .

(٢٥) سعد الماء : جرى سيحا .

(٢٦) في : باب في المزارعة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣١ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الأحاديث المختلفة ... ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٧ / ٣٨ . والدارمي ،

في : باب في الرخصة في كراء الأرض بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٧١ . والإمام أحمد ،

في : المسند ١ / ١٧٨ ، ١٧٩ ، ١٨٢ .

(٢٧) انظر ما تقدم في صفحة ٥٢٨ .

(٢٨) في م : « وللقياس » .

(٢٩) سقط من : م .

رافع ، قال : دَعَانِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فقال : « مَا تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُمْ ؟ » قُلْتُ :
تُؤَاخِرُهَا عَلَى الرَّبْعِ ، أَوْ عَلَى الْأَوْسُقِ مِنَ التَّمْرِ أَوْ الشَّعِيرِ . قال : « لَا تَفْعَلُوا ،
أَزْرَعُوهَا ، أَوْ أُمْسِكُوهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣٠) . وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ
ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ^(٣١) . وَالْمُحَاقَلَةُ : اسْتِكْرَاءُ الْأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ رَافِعٍ :
فَأَمَّا بَشْيٌ مَعْلُومٌ مَضْمُونٌ فَلَا بَأْسَ بِهِ . وَلَأنَّهُ عَوَضٌ مَعْلُومٌ مَضْمُونٌ ، لَا يَتَّخِذُ وَسِيلَةً إِلَى
الرَّبَا ، فَجَارَتْ إِجَارَتُهَا بِهِ ، كَالْأَثْمَانِ . وَحَدِيثُ ظَهيرِ^(٣٢) بْنِ رَافِعٍ^(٣٢) قَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ
عَلَيْهِ فِي الْمَزَارَعَةِ ، عَلَى أَنَّهُ يَحْتَمِلُ النَّهْيَ عَنِ إِجَارَتِهَا بِذَلِكَ ، إِذَا كَانَ خَارِجًا مِنْهَا ،
وَيَحْتَمِلُ النَّهْيَ عَنْهُ إِذَا آجَرَهَا بِالرُّبْعِ وَالْأَوْسُقِ . وَحَدِيثُ أَبِي سَعِيدٍ يَحْتَمِلُ الْمَنْعَ مِنْ
كِرَائَتِهَا بِالْحِنْطَةِ ، إِذَا اكْتَرَاهَا لِزَرْعِ الْحِنْطَةِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، إِجَارَتُهَا بِطَعَامٍ مَعْلُومٍ ، /
مِنْ جِنْسٍ مَا يَزْرَعُ^(٣٣) فِيهَا ، كإِجَارَتِهَا بِقُفْزَانٍ حِنْطَةٍ لِزَرْعِهَا ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ :
فِيهَا رَوَاتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، الْمَنْعُ . وَهِيَ الَّتِي ذَكَرَهَا الْقَاضِي مَذْهَبًا ، وَهِيَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لَمَّا
تَقَدَّمَ مِنَ الْأَحَادِيثِ ، وَلَأنَّهَا ذَرِيعَةٌ إِلَى الْمَزَارَعَةِ عَلَيْهَا بَشْيٌ مَعْلُومٌ مِنَ الْخَارِجِ مِنْهَا ، لِأنَّهُ
يَجْعَلُ مَكَانَ قَوْلِهِ زَارَعْتُكَ ، آجَرْتُكَ ، فَتَصِيرُ مَزَارَعَةٌ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ ، وَالذَّرَائِعُ
مُعْتَبَرَةٌ . وَالثَّانِيَةِ ، جَوَازُ ذَلِكَ . اخْتَارَهَا أَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ،

(٣٠) أخرجه البخاري ، في : باب ما كان من أصحاب رسول الله ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمار ، من
كتاب الحرث . صحيح البخاري ٣ / ١٤١ . ومسلم ، في : باب كراء الأرض بالطعام ، من كتاب البيوع .
صحيح مسلم ٣ / ١١٨٢ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ما يكره من المزارعة ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢١ ، ٨٢٢ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١٤٣ .

(٣١) تقدم في ٦ / ٢٩٩ تخريجه عند البخاري ، وأخرجه مسلم ، في : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، من
كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٦٨ . وابن ماجه ، في : باب كراء الأرض ، من كتاب الرهن . سنن ابن
ماجه ٢ / ٨٢٠ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢ / ٦٢٥ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٨ .

(٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) في ب : زرع .

والشافعي ؛ لما ذكرنا في القسم الأول ، ولأن ما جازت إجارته بغير المطعوم ، جازت به ، كالذور . القسم الثالث ، إجارته بجزءٍ مشاعٍ مما يخرج منها ، كنصف ، وثلث ، وربيع ، فالمنصوص عن أحمد جوازه . وهو قول أكثر الأصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لا تصح . وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي . وهو الصحيح إن شاء الله ؛ لما تقدم من الأحاديث في النهي ، من غير معارض لها ، ولأنها إجارة^(٣٤) يعوض مجهول ، فلم تصح ، كإجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى ، ولأنها إجارة^(٣٥) لعين ببعض نمائها ، فلم تجز ، كسائر الأعيان ، ولأنه لا نص في جوازها ، ولا يمكن قياسها على المنصوص ، فإن النص^(٣٥) إنما وردت بالنهي عن إجارتها بذلك ، ولا نعلم في تجويزها نصاً ، والمنصوص على جوازه ، إجارته بذهب ، أو فضة ، أو شيء مضمون معلوم^(٣٦) ، وليس هذا^(٣٦) كذلك . فأما نص أحمد في الجواز ، فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة ، فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ، ولزومها ، وفيما يلزم العامل ورب الأرض ، وسائر أحكامها . والله أعلم .

(٣٤-٣٤) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٣٥) في الأصل : « المنصوص » .

(٣٦-٣٦) في م : « وليست هذه » .

فهرس الجزء السابع كتاب الصلح

- ٨١٧ - مسألة : (والصلح الذى يجوز ، هو أن يكون
للمدعى حق لا يعلمه المدعى عليه ، ...) ٦ - ١٢
فصل : لو ادعى على رجل وديعة ، ...
٨ فأنكره ، واصطلحا ، صح ...
٨ - ١٠ فصل : إن صالح عن المنكر أجنبي ، صح .
فصل : إن صالح الأجنبي المدعى لنفسه
... فلا يخلو من أن يعترف للمدعى
١٠ ، ١١ بصفة دعواه ...
فصل : فإن قال الأجنبي للمدعى : أنا وكيل
المدعى عليه فى مصالحتك عن هذه
العين ، الصلح لا يصح . ١١
٨١٨ - مسألة : (ومن اعترف بحق ، فصالح على بعضه ، لم
يكن ذلك صلحا ؛ لأنه هضم للحق) ١٢ - ٤٠
فصل : إن ادعى على رجل بيتا ، فصالحه على
بعضه ، ... لم يصح . ١٦
فصل : إذا صالحه بخدمة عبده سنة ، صح ،
وكانت إجارة . ١٦ ، ١٧
فصل : إذا ادعى زرعاً فى يد رجل ، فأقر له
به ، ثم صالحه منه على دراهم ،
جاز ... ١٧ ، ١٨
فصل : إذا حصلت أغصان شجرته فى هواء
ملك غيره ، لزم مالك الشجرة إزالة

١٩، ١٨

تلك الأغصان .

فصل : إن صالحه على إقرارها بجزء معلوم من
ثمرها ، أو بثمرها كله ، ... فيحتمل

٢٠، ١٩

أن يصح .

فصل : كذلك الحكم في كل ما امتد من
عروق شجرة إنسان إلى أرض

٢١، ٢٠

جاره .

فصل : إذا صالحه على المؤجل بيعه حالا ،

٢٢، ٢١

لم يجز .

فصل : ويصح الصلح عن المجهول ، ... إذا

٢٣، ٢٢

كان مما لا سبيل إلى معرفته .

فصل : فأما ما يمكنهما معرفته ، ... فلا

٢٤، ٢٣

يصح الصلح عليه مع الجهل .

فصل : يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ

٢٥، ٢٤

العوض عنه .

فصل : لو صالح عن المائة الثابتة في الذمة

٢٥

بالإتلاف ، بمائة مؤجلة ، لم يجز .

فصل : لو صالح عن القصاص بعد ، فخرج

٢٥

مستحقا ، رجع بقيمته .

فصل : لو صالح عن دار أو عبد بعوض ،

فوجد العوض مستحقا أو حرا ،

٢٥

رجع في الدار ...

فصل : لو صالحه عن القصاص بحر ... رجع

٢٦

بالدية .

فصل : إذا صالح رجلا على موضع قناة من

٢٦

أرضه ... وبيننا موضعها ... جاز .

- فصل : إن صالح رجلا على إجراء مساء
 ٢٧ سطحه ، ... جاز
- فصل : إذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره
 ٢٨ لغير ضرورة ، لم يجز إلا بإذنه .
- فصل : إن صالح رجلا على أن يسقي أرضه
 من نهر الرجل يوما أو يومين ، أو من
 عينه ، وقدره بشيء يعلم به ، فقال
 ٢٩ ، ٢٨ القاضى : لا يجوز .
- فصل : لا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ
 ٣٠ ، ٢٩ العوض عنه .
- فصل : إن ادعى على رجل أنه عبده ،
 فأنكره ، فصالحه على مال ليقر له
 ٣٠ بالعبودية ، لم يجز .
- فصل : لو صالح شاهدا على أن لا يشهد
 ٣١ ، ٣٠ عليه ، لم يصح .
- فصل : لا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ
 ٣٢ ، ٣١ جناحا .
- فصل : لا يجوز أن يبنى في الطريق دكانا .
 ٣٢
- فصل : لا يجوز أن يبنى دكانا ولا يخرج
 روشنا ، ولا سابطا على درب غير
 ٣٣ ، ٣٢ نافذ ، إلا بإذن أهله .
- فصل : لا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئرا
 ٣٤ ، ٣٣ لنفسه .
- فصل : لا يجوز لإخراج الميازيب إلى الطريق
 الأعظم . ولا يجوز إخراجها إلى درب
 ٣٤ نافذ إلا بإذن أهله .

- فصل : لا يجوز أن يفتح في الحائط المشترك
 طاقا ولا بابا ، إلا بإذن شريكه . ٣٥ ، ٣٤
- فصل : فأما وضع خشبة عليه ، فإن كان
 يضر بالحائط لضعفه عن حمله ، لم
 يجز . ٣٦ ، ٣٥
- فصل : فأما وضعه في جدار المسجد ، إذا
 وجد الشرطان ، فعن أحمد فيه
 روايتان : إحداهما ، الجواز ... ٣٧ ، ٣٦
- فصل : من ملك وضع خشبة على حائط ،
 فزال ، ... ثم أعيد ، فله إعادة
 خشبه . ٣٧
- فصل : لو كان له وضع خشبه على جدار
 غيره ، لم يملك إعارته ولا إجارته . ٣٨ ، ٣٧
- فصل : إذا أذن صاحب الحائط لجاره في
 البناء على حائطه ، ... ، ... ،
 جاز . ٣٨
- فصل : إن أذن له في وضع خشبه ، ...
 بعوض ، جاز . ٣٩ ، ٣٨
- فصل : إذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط
 مشترك ، ... ، ولم يعلم سببه ،
 فمتى زال فله إعادته . ٣٩
- فصل : إذا ادعى رجل دارا في يد أخوين ،
 فأنكره أحدهما ، وأقر له الآخر ، ثم
 صالحه عما أقر له بعوض ، صح
 الصلح . ٤٠ ، ٣٩

٨١٩ - مسألة : (وإذا تداعى نفسان جدارا معقودا بيناء كل

واحد منهما ، تحالفا ، وكان بينهما ...) ٤٠ - ٥٥

فصل : فإن كان لأحدهما عليه بناء ، ... فهو

له . ٤٢

فصل : فإن كان لأحدهما خشب موضوع ،

... لا ترجح دعواه بذلك . ٤٢ ، ٤٣

فصل : لا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى

أحدهما والخارج ووجوه الآجر

والحجارة ، ... ٤٣ ، ٤٤

فصل : لا ترجح الدعوى بالتزويق

والتحسين ، ... ٤٤

فصل : إن تنازع صاحب العلو والسفل ، في

حوائط البيت السفلاى ، فهي

لصاحب السفل . ٤٤

فصل : إن تنازع صاحب العلو والسفل في

الدرجة التي يصعد منها ، فإن لم يكن

من تحتها مرفق لصاحب السفل ...

فهي لصاحب العلو ٤٥

فصل : لو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما

وأرض الآخر ، تحالفا ، وكانت

بينهما . ٤٥

فصل : إذا كان بينهما حائط مشترك ،

فانهدم ، فطلب أحدهما إعادته ، فأبى

الآخر ، فهل يجبر الممتنع على

إعادته ؟ ... ٤٥ - ٤٧

فصل : فإن لم يكن بين ملكيهما حائط
قديم ، فطلب أحدهما من الآخر
مباناته حائطا يحجز بين ملكيهما ،

فامتنع ، لم يجبر عليه . ٤٧

فصل : فإن كان السفلى لرجل ، والعلو
لآخر ، فانهدم السقف الذى بينهما ،
فطلب أحدهما المباناة من الآخر ،
فامتنع ، فهل يجبر الممتنع على
ذلك ؟ ... ٤٨

فصل : فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما ،
فانهدم ، فطلب أحدهما من الآخر
بناءه ، أو المساعدة فى بنائه ،
فامتنع ، لم يجبر . ٤٨ ، ٤٩

فصل : ومتى هدم أحد الشريكين الحائط
المشترك ، ... نظرت ، فإن خيف
سقوطه ، ووجب هدمه ، فلا شيء
على هادمه . ٤٩

فصل : فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك
بينهما نصفين ، وملكه بينهما الثلث
والثلثان ، لم يصح . ٤٩

فصل : فإن كان بينهما نهر ، ... فاحتاج إلى
عمارة ، ففى إجبار الممتنع منها
روايتان ... ٤٩ ، ٥٠

فصل : إذا كان لرجلين بابان فى زقاق غير
نافذ ، ... فللقريب من الباب نقل بابه

٥١، ٥٠

إلى ما يلي باب الزقاق .

فصل : إذا كان لرجل داران متلاصقتان ...

وباب كل واحدة منهما في زقاق غير

نافذ ، فرفع الحاجز بينهما ، وجعلهما

٥١

دارا واحدة ، جاز .

فصل : إذا تنازع صاحب البابين في الدرب ،

وتدعياه ، ولم يكن فيه باب

٥٢، ٥١

لغيرهما ، ففيه ثلاثة أوجه ...

فصل : ليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا

٥٣، ٥٢

يضر بجاره .

فصل : إن كان سطح أحدهما أعلى من سطح

الآخر ، فليس لصاحب الأعلى

٥٣

الصعود على سطحه ...

فصل : إذا كانت بينهما عرصه حائط ، فاتفقا

٥٥ - ٥٣

على قسمها طولا ، جاز ذلك .

فصل : إن كان بينهما حائط ، فاتفقا على

٥٥

قسمته طولا ، جاز .

كتاب الحوالة والضمان

٨٢٠ - مسألة : (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك

٦٢ - ٥٦

الحق ، فرضى ، فقد برئ المحيل أبدا)

فصل : إن أحوال من لا دين له عليه رجلا على

آخر له عليه دين ، فليس ذلك

٥٩، ٥٨

بحوالة .

٦٠، ٥٩

فصل : الشرط الثالث ، أن تكون بمال معلوم

٦١، ٦٠

فصل : الشرط الرابع ، أن يحيل برضائه .

- فصل : فإن شرط ملأه المحال عليه ، فإن
 ٦٢ معسرا ، رجع على المحيل .
- فصل : لو لم يرض المحتال بالحوالة ، ثم بان
 المحال عليه مفلسا ، أو ميتا ، رجع
 ٦٢ على المحيل .
- ٨٢١ - مسألة : (ومن أحيل بحقه على ملء ، فواجب عليه
 أن يحال)
 ٦٢ - ٧٠ فصل : إذا أحال رجلا على زيد بألف ،
 فأحاله زيد بها على عمرو ، فالحوالة
 ٦٣ صحيحة .
- فصل : إذا اشترى عبدا ، فأحال المشتري
 البائع بالثمن ، ثم ظهر العبد حرا أو
 ٦٣ ، ٦٤ مستحقا ، فالبيع باطل .
- فصل : إذا اشترى عبدا ، فأحال المشتري
 البائع بالثمن على آخر ، ... برئ
 ٦٤ ، ٦٥ المحال عليه .
- فصل : إذا كان لرجل على آخر دين ، فأذن
 لآخر في قبضه ، ثم اختلف هو
 والمأذون له ، ... فالقول قول مدعى
 ٦٥ - ٦٧ الوكالة منهما مع يمينه .
- فصل : إن كانت المسألة بالعكس ، فقال :
 أحلتك بدينك . فقال : بل وكلتني .
 ٦٧ ففيها الوجهان أيضا .
- فصل : إن اتفقا على أن المحيل قال : أحلتك
 بدينك فالقول قول مدعى
 ٦٧ ، ٦٨ الحوالة .

فصل : إن كان لرجل دين على آخر ، فطالبه
به ، فقال : قد أحلت به على فلانا
الغائب . وأنكر صاحب الدين ،
فالقول قوله مع يمينه .

٦٩ ، ٦٨

فصل : فإن كان عليه ألف ضمنه رجل ،
فأحال الضامن صاحب الدين به ،
برئت ذمته وذمة المضمون عنه .

٧٠ ، ٦٩

باب الضمان

٨٢٢ - مسألة : (ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه ، أو قال :
ما أعطيته فهو على . فقد لزمه ما صح أنه
أعطاه)

٨٤ - ٧١

فصل : لا يعتبر أن يعرفهما الضامن .

٧٢

فصل : قد دلت مسألة الخرق على أحكام ؛
منها ، صحة ضمان المجهول .

٧٤ - ٧٢

فصل : فيما يصح ضمانه : ويصح ضمان
الجعل في الجمالة ، وفي المسابقة
والمناضلة .

٧٩ - ٧٤

فصل : في من يصح ضمانه ، ومن لا
يصح : ...

٨١ - ٧٩

فصل : إذا ضمن الدين الحال مؤجلا ، صح .
فصل : إذا ضمن ديننا مؤجلا عن إنسان ،
فمات أحدهما ، ... فهل يحل الدين
على الميت منهما ؟ ...

٨٤ ، ٨٣

٨٢٣ - مسألة : (ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن)
فصل : لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما .

٨٩ - ٨٤

٨٦

- فصل : إن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه ،
 برئت ذمة الضامن . ٨٧
- فصل : إن ضمن الضامن ضامن آخر صح . ٨٨ ، ٨٧
- فصل : إن ضمن المضمون عنه الضامن ، أو
 تكفل المكفول عنه الكفيل ، لم
 يصح . ٨٨
- فصل : يجوز أن يضمن الحق عن الرجل
 الواحد اثنان وأكثر . ٨٩ ، ٨٨
- ٨٢٤ - مسألة : (فمضى أدى رجوع عليه ، سواء قال له :
 اضمن عني ، أو لم يقل)
 فصل : يرجع الضامن على المضمون عنه بأقل
 الأمرين مما قضى أو قدر الدين . ٩١
- فصل : لو كان على رجلين مائة ، ... فضمن
 آخر عن أحدهما المائة بأمره
 وقضاها ، سقط الحق عن الجميع . ٩١
- فصل : إذا ضمن عن رجل بأمره ، فطولب
 الضامن ، فله مطالبة المضمون عنه
 بتخليصه . ٩٢ ، ٩١
- فصل : فإن ضمن الضامن ضامن آخر ،
 فقضى أحدهم الدين ، برئوا جميعا . ٩٢
- فصل : إذا كان له ألف على رجلين ، على كل
 واحد منهما نصفه ، وكل واحد
 منهما ضامن عن صاحبه ، فأبرأ الغريم
 أحدهما من الألف ، برئ منه ،
 وبرئ صاحبه من ضمانه ، وبقي
 عليه خمسمائة . ٩٣ ، ٩٢

- فصل : لو ادعى ألفا على حاضر وغائب ،
وأن كل واحد منهما ضامن عن
صاحبه ، فاعترف الحاضر بذلك ،
فله أخذ الألف منه . ٩٣ ، ٩٤
- فصل : إذا ادعى الضامن أنه قضى الدين ،
فأنكر المضمون له ، ولا بينة له ،
فالقول قول المضمون له . ٩٤ ، ٩٥
- فصل : لا يدخل الضمان والكفالة خيار . ٩٥ ، ٩٦
- فصل : إذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ،
ضمان اشتراك ... فكل واحد منهما
ضامن لنصفه ... ٩٦
- ٨٢٥ - مسألة : (ومن كفّل بنفسه لزمه ما عليها إن لم
يسلمها)
٩٦ - ١٠٥
- فصل : إذا قال : أنا كفيل بفلان ، ... كان
كفيلا به ... ٩٧
- فصل : تصح الكفالة بيدن كل من يلزم
حضوره في مجلس الحكم بدين لازم . ٩٨
- فصل : لا تصح الكفالة بيدن من عليه حد . ٩٨ ، ٩٩
- فصل : لا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل
دين الكتابة . ٩٩
- فصل : تصح الكفالة حالة ومؤجلة ، كما
يصح الضمان حالا ومؤجلا . ٩٩ ، ١٠٠
- فصل : إذا عين في الكفالة تسليمه في مكان ،
فأحضره في غيره ، لم يبرأ من
الكفالة . ١٠١ ، ١٠٠

- فصل : إن كفل إلى أجل مجهول ، لم تصح الكفالة . ١٠٢، ١٠١
- فصل : إذا تكفل برجل إلى أجل ، إن جاء به فيه ، وإلا لزمه ما عليه ، صح . ١٠٣، ١٠٢
- فصل : فإن قال : كفلت بيدن فلان ، على أن يبرأ فلان الكفيل ، أو على أن تبرئه من الكفالة . لم يصح . ١٠٣
- فصل : لو تكفل اثنان بواحد ، صح . وأيهم قضى الدين برئ الآخرين . ١٠٤، ١٠٣
- فصل : لو تكفل واحد لاثنتين ، فأبرأه أحدهما ، ... لم يبرأ من الآخر . ١٠٤
- فصل : تفتقر صحة الكفالة إلى رضی الكفيل . ١٠٥، ١٠٤
- فصل : إذا قال رجل لآخر : اضمن عن فلان . أو اكفل بفلان . ففعل ، كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الأمر . ١٠٥
- ٨٢٦ - مسألة : (فإن مات ، برئ المتكفل) ١٠٥ - ١١١
- فصل : إذا قال الكفيل : قد برئ المكفول به من الدين ، ... أو قال : لم يكن عليه دين حين كفلته . فأنكر المكفول له ، فالقول قوله . ١٠٦
- فصل : إذا قال المكفول له للكفيل : أبرأتك من الكفالة ، برئ . ١٠٦
- فصل : إذا كان لذمي على ذمي خمر ، فكفل به ذمي آخر ، ثم أسلم المكفول له أو

- المكفول عنه ، برئ الكفيل
 ١٠٧ والمكفول عنه .
 فصل : فإذا قال : أعط فلانا ألفا . ففعل ، لم
 ١٠٧ يرجع على الأمر ...
 فصل : إذا كانت السفينة في البحر ، ...
 فخيف غرقها ، فألقى بعض من فيها
 متاعه في البحر لتخف ، لم يرجع به
 ١٠٨، ١٠٧ على أحد .
 فصل : قال مهنا : سألت أحمد ، عن رجل
 له على رجل ألف درهم ، فأقام بها
 كفيلين ، كل واحد منهما كفيل
 ضامن ، ... فأحال رب المال عليه
 ١٠٨ رجلا بحقه ؟ فقال : يبرأ الكفيلان .

كتاب الشركة

- فصل : قال أحمد : يشارك اليهودي
 ١١١ - ١٠٩ والنصراني ، ...
 ١٢٠ - ١١١ ٨٢٧ - مسألة : (وشركة الأبدان جائزة)
 فصل : تصح شركة الأبدان مع اتفاق
 الصنائع . فأما مع اختلافها ... لا
 ١١٣، ١١٢ تصح .
 فصل : إذا قال أحدهما : أنا أقبّل ، وأنت
 تعمل ، والأجرة بينى وبينك .
 ١١٣ صحت الشركة .
 فصل : الربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا
 ١١٤، ١١٣ عليه ، من مساواة أو تفاضل

- فصل: إن عمل أحدهما دون صاحبه ،
فالكسب بينهما . ١١٥ ، ١١٤
- فصل: فإن اشترك رجلان ، لكل واحد
منهما دابة ، على أن يؤجراهما ، فما
رزقهما الله من شيء فهو بينهما ،
صح . ١١٥
- فصل: فإن كان لقصار أداة ، ولآخر بيت ،
فاشتركا على أن يعملأ بأداة هذا في
بيت هذا ، والكسب بينهما . جاز . ١١٦ ، ١١٥
- فصل: إن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل
عليها ، وما يرزق الله بينهما ... ،
صح . ١١٦ - ١١٨
- فصل: قال ابن عقيل : نهى رسول الله ﷺ
عن قفيز الطحان . ١١٨
- فصل: فإن كان لرجل دابة ، ولآخر إكاف
وجوالقات ، فاشتركا على أن
يؤجراهما والأجرة بينهما نصفان ،
فهو فاسد . ١١٩ ، ١١٨
- فصل: فإن اشترك ثلاثة ؛ من أحدهم دابة ،
ومن آخر راوية ، ومن آخر العمل ،
على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم ،
صح . ١٢٠ ، ١١٩
- ٨٢٨ - مسألة : (وإن اشترك بدنان بمال أحدهما ، أو بدنان
بمال غيرهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن
صاحب أحدهما ، أو بدنان بمالهما ، تساوى
المال أو اختلف ، فكل ذلك جائز) ١٣٨ - ١٢٠

- فصل : القسم الثاني ، أن يشترك بدنان
بمالهما . ١٢٣، ١٢٢
- فصل : لا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال
الدراهم والدنانير . ١٢٣، ١٢٤
- فصل : الحكم في النقرة كالحكم في
العروض . ١٢٥
- فصل : لا تصح الشركة بالفلوس . ١٢٥
- فصل : لا يجوز أن يكون رأس مال الشركة
مجهولا ، ولا جزافا . ١٢٥
- فصل : لا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في
الجنس . ١٢٥، ١٢٦
- فصل : لا يشترط تساوى المالكين في القدر . ١٢٦
- فصل : لا يشترط اختلاط المالكين ، إذا عيناها
وأحضرهما . ١٢٦، ١٢٧
- فصل : متى وقعت الشركة فاسدة ، فإنهما
يقتسمان الربح على قدر رءوس
أموالهما ، ... ١٢٧، ١٢٨
- فصل : شركة العنان مبنية على الوكالة
والأمانة . ١٢٨
- فصل : ليس له أن يكاتب الرقيق ، ولا يعتق
على مال ولا غيره ، ولا يزوج
الرقيق . ١٢٨، ١٢٩
- فصل : هل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ ... ١٢٩ - ١٣١
- فصل : إن أخذ أحدهما مالا مضاربة ، فربحه
له ، ووضيعته عليه ، دون صاحبه . ١٣١

- فصل : الشركة من العقود الجائزة ، تبطل
بموت أحد الشريكين ، ... ١٣١، ١٣٢
- فصل : فإن مات أحد الشريكين ، وله
وارث رشيد ، فله أن يقيم على
الشركة . ١٣٢
- فصل : القسم الثالث ، أن يشترك بدن
ومال . وهذه المضاربة . ١٣٢ - ١٣٤
- فصل : حكمها حكم شركة العنان . ١٣٤
- فصل : القسم الرابع ، أن يشترك مالان
وبدن صاحب أحدهما . ١٣٤، ١٣٥
- فصل : إذا دفع إليه ألفا مضاربة ، وقال :
أضف إليه ألفا من عندك ، ... جاز . ١٣٥، ١٣٦
- فصل : القسم الخامس ، أن يشترك بدنان
بمال أحدهما ... جائز . ١٣٦
- فصل : إن شرط أن يعمل معه غلام رب
المال ، صح . ١٣٦، ١٣٧
- فصل : أما شركة المفاوضة فنوعان ؛ ... ١٣٧، ١٣٨
- ٨٢٩ - مسألة : (والربح على ما اصطلاحا عليه) ١٣٨ - ١٤٥
- فصل : من شرط صحة المضاربة تقدير
نصيب العامل . ١٤٠ - ١٤٢
- فصل : إن قال : خذه مضاربة ، ولك جزء
من الربح ، ... لم يصح . ١٤٢
- فصل : إن قال : خذ هذا المال فاتجر به ،
وربحه كله لك . كان قرضا لا
قراضا . ١٤٢، ١٤٣

- فصل : يجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة
 ١٤٣ في عقد واحد ، ...
- فصل : إن قارض اثنان واحدا بألف لهما ،
 ١٤٤ ، ١٤٣ جاز .
- فصل : إذا شرطا جزءا من الربح لغير العامل
 نظرت ؛ فإن شرطاه لعبد أحدهما أو
 ١٤٤ لعبيهما ، صح .
- فصل : الحكم في الشركة كالحكم في
 ١٤٥ ، ١٤٤ المضاربة ، ...
- ٨٣٠ - مسألة : (والوضيعة على قدر المال)
 ١٤٥
- ٨٣١ - مسألة : (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل
 ١٤٧ - ١٤٥ دراهم)
- فصل : إن دفع إليه ألفين مضاربة ، على أن
 لكل واحد منهما ربح ألف ، ...
- ١٤٧ ، ١٤٦ فسد الشرط والمضاربة
- ٨٣٢ - مسألة : (والمضارب إذا باع بنسيئة بغير أمر ،
 ضمن ، في إحدى الروايتين ، والأخرى لا
 ١٤٧ - ١٥٩ يضمن)
- فصل : ليس له السفر بالمال ، في أحد
 الوجهين ، ... والوجه الثاني ، له
 السفر به إذا لم يكن مخفا .
- ١٤٨ - ١٥٠
- فصل : وحكم المضارب حكم الوكيل .
 ١٥١ ، ١٥٠
- فصل : هل له أن يبيع ويشترى بغير نقد
 ١٥١ البلد ؟ ... على روايتين ...
- فصل : له أن يشتري المعيب ، إذا رأى
 ١٥٢ ، ١٥١ المصلحة فيه .

- فصل : ليس له أن يشتري من يعتق على رب
المال بغير إذنه ، ... ١٥٣ ، ١٥٢
- فصل : إن اشترى امرأة رب المال ، صح
الشراء ، وانفسخ النكاح . ١٥٣
- فصل : إن اشترى المأذون له من يعتق على
رب المال بإذنه ، صح وعق ... ١٥٤ ، ١٥٣
- فصل : إن اشترى المضارب من يعتق عليه ،
صح الشراء ... ١٥٥ ، ١٥٤
- فصل : ليس له أن يشتري بأكثر من رأس
المال . ١٥٥
- فصل : ليس للمضارب وطء أمة من
المضاربة . ١٥٥
- فصل : ليس لرب المال وطء الأمة أيضا . ١٥٥
- فصل : إذا أذن رب المال للمضارب في
الشراء من مال المضاربة ، فاشترى
جارية ليتسرى بها ، خرج ثمنها من
المضاربة ، وصار قرضا في ذمته . ١٥٦ ، ١٥٥
- فصل : ليس لواحد منهما تزويج الأمة ...
فإن اتفقا على ذلك ، جاز . ١٥٦
- فصل : ليس للمضارب دفع المال إلى آخر
مضاربة . ١٥٦ - ١٥٨
- فصل : إذا أذن رب المال في دفع المال
مضاربة ، جاز ذلك . ١٥٨
- فصل : ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله ،
فإن فعل ولم يتميز ، ضمنه . ١٥٨

- فصل : وليس له أن يشتري خمرًا ولا
خنزيرًا ، ... فإن فعل ، فعليه
الضمان . ١٥٨ ، ١٥٩
- ٨٣٣ - مسألة : (وإذا ضارب لرجل ، لم يجز أن يضارب
لآخر ، إذا كان فيه ضرر على الأول . فإن
فعل ، وريح ، رده في شركة الأول) ١٥٩ - ١٦٥
- فصل : إن دفع إليه مضاربة ، واشتراط
النفقة ، ... صار أجيرا له ، فلا يأخذ
من أحد بضاعة . ١٦١
- فصل : إن أخذ من رجل مضاربة ، ثم أخذ
من آخر بضاعة ، أو عمل في مال
نفسه ، فربحه في مال البضاعة
لصاحبها ، وفي مال نفسه لنفسه . ١٦١
- فصل : إذا أخذ من رجل مائة قراضا ، ثم
أخذ من آخر مثلها ، واشتري بكل
مائة عبدا ، فاختلط العبدان ، ولم
يتميزا ، فإنهما يصطلحان عليهما . ١٦١
- فصل : إذا تعدى المضارب ، وفعل ما ليس له
فعله ، ... فهو ضامن للمال . ١٦٢ ، ١٦٣
- فصل : على العامل أن يتولى بنفسه كل ما
جرت العادة أن يتولاه المضارب
بنفسه ١٦٣ ، ١٦٤
- فصل : إذا سُرِق مال المضاربة ... ،
فللمضارب طلبه . ١٦٤
- فصل : إذا اشترى للمضاربة عبدا ، فقتله عبد
لغيره ، ... فالأمر إلى رب المال . ١٦٤ ، ١٦٥

٨٣٤ - مسألة : (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس

المال) ١٦٥ - ١٦٨

فصل : إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة ،
فخسر عشرة ، ثم أخذ رب المال منها
عشرة ، فإن الخسران لا ينقص به
رأس المال . ١٦٦

فصل : إذا اشترى رب المال من مال المضاربة
شيئا لنفسه ، لم يصح في إحدى
الروايتين ... ويصح في الأخرى . ١٦٦ ، ١٦٧
فصل : إن اشترى المضارب لنفسه من مال
المضاربة ، ولم يظهر في المال ربح ،
صح . ١٦٧

فصل : إن اشترى أحد الشريكين من مال
الشركة شيئا ، بطل في قدر حقه . ١٦٧ ، ١٦٨
فصل : لو استأجر أحد الشريكين من صاحبه
دارا ، ليحرز فيها مال الشركة أو
غرائر ، جاز . ١٦٨

٨٣٥ - مسألة : (وإذا اشترى سلعتين ، فربح في إحداهما ،

وخسر في الأخرى ، جبرت الوضعية من

الربح) ١٦٨ - ١٧١

فصل : إذا دفع إليه ألفا مضاربة ، ثم دفع إليه
ألفا آخر مضاربة ، ... جاز ، وصار
مضاربة واحدة . ١٦٩

فصل : قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل
عن المضارب بربح ، ويضع مرارا .
فقال : يرد الوضعية على الربح ، ... ١٦٩ ، ١٧٠

فصل : إذا قارض في مرضه ، صح . ١٧٠ ، ١٧١

فصل : إذا مات رب المال ، قدّمنا حصة

العامل على غرمائه . ١٧١

فصل : إن مات المضارب ولم يعرف مال

المضاربة بعينه ، صار ديننا في

ذمته ، ... ١٧١

٨٣٦ - مسألة : (وإذا تبين للمضارب أن في يده فضلا ، لم

يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال) ١٧١ - ١٧٦

فصل : إن طلب أحدهما قسمة الربح دون

رأس المال ، وأبى الآخر ، قدّم قول

المتنع . ١٧٢

فصل : المضاربة من العقود الجائزة ، تنفسخ

بفسخ أحدهما . ١٧٢ ، ١٧٣

فصل : إن انفسخ القراض ، والمال دين ، لزم

العامل تقاضيه . ١٧٤

فصل : أى المتقارضين مات أو جن ، انفسخ

القراض ، ... ١٧٤ ، ١٧٥

فصل : إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت

المضاربة . ١٧٦

٨٣٧ - مسألة : (وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن

الربح بينهما ، والوضيعة عليهما ، كان الربح

بينهما والوضيعة على المال) ١٧٦ - ١٨١

فصل : الشروط في المضاربة تنقسم قسمين ؛

صحيح ، وفاسد . ١٧٧

فصل : يصح تأقيت المضاربة . ١٧٧ ، ١٧٨

- فصل : إذا اشترط المضارب نفقة نفسه ،
 ١٧٨ صح .
- فصل : الشروط الفاسدة تنقسم ثلاثة
 أقسام ؛ ... ١٧٩ ، ١٨٠
- فصل : في المضاربة الفاسدة ، فصول
 ثلاثة ؛ ... ١٨٠ ، ١٨١
- ٨٣٨ - مسألة : (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين : ضارب
 بالدين الذى عليك) ١٨٢ ، ١٨٣
- فصل : إن قال لرجل : اقبض المال الذى على
 فلان ، واعمل به مضاربة . فقبضه ،
 وعمل به ، جاز . ١٨٢ ، ١٨٣
- فصل : من شرط المضاربة أن يكون رأس
 المال معلوم المقدار . ١٨٣
- فصل : لو أحضر كيسين ، فى كل واحد
 منهما مال معلوم المقدار ، وقال :
 قارضتك على أحدهما . لم يصح . ١٨٣
- ٨٣٩ - مسألة : (وإن كان فى يده وديعة ، جاز له أن يقول :
 ضارب بها) ١٨٣ - ١٩٨
- فصل : لو كان له فى يد غيره مال مغصوب ،
 فضارب الغاصب به ، صح . ١٨٤
- فصل : العامل أمين فى مال المضاربة ، ... ١٨٤ ، ١٨٥
- فصل : إن قال : أذنت لى فى البيع نسيئة وفى
 الشراء بعشرة . وقال : بل أذنت لك
 فى البيع نقدا ، وفى الشراء بخمسة .
 فالقول قول العامل . ١٨٥
- فصل : إن قال : شرطت لى نصف الربح .

- فقال : بل ثلثه . فعن أحمد فيه
روايتان ؛ ...
١٨٦ ، ١٨٥
- فصل : إن ادعى العامل رد المال ، فأنكر رب
المال ، فالقول قول رب المال مع
يمينه .
١٨٦
- فصل : إن قال : ربح ألفا . ثم قال :
خسرت ذلك . قبل قوله .
١٨٦
- فصل : إذا دفع رجل إلى رجلين مالا قراضا
على النصف ، فنض المال ، وهو ثلاثة
آلاف ، فقال رب المال : رأس المال
ألفان . فصدقه أحدهما ، وقال
الآخر : بل هو ألف . فالقول قول
المنكر مع يمينه .
١٨٧ ، ١٨٦
- فصل : إن دفع إلى رجل ألفا يتجر فيه ،
فربح ، فقال العامل : كان قرضا لي
ربحه كله . وقال رب المال : كان
قراضا فربحه بيننا . فالقول قول رب
المال .
١٨٨ ، ١٨٧
- فصل : وإذا اشترط المضارب النفقة ، وأراد
الرجوع ، فله ذلك .
١٨٨
- فصل : إذا كان عبد بين رجلين ، فباعه
أحدهما بأمر الآخر ، ... برئ
المشتري من نصف ثمنه .
١٨٨ - ١٩٠
- فصل : إذا كان العبد بين اثنين ، فعصب
رجل نصيب أحدهما ، ... ثم إن
مالك نصفه والغاصب باعا العبد ...

- صح في نصيب المالك ، وبطل في
 ١٩٠ نصيب الغاصب .
- فصل : إذا كان لرجلين دين ... فقبض
 أحدهما منه شيئا فلآخر مشاركته
 ١٩٠ - ١٩٢ فيه .
- فصل : اختلفت الرواية عن أحمد ، في قسمة
 الدين في الذم ، ... ، ١٩٢ ، ١٩٣
- فصول في العبد المأذون له : يجوز أن يأذن
 السيد لعبده في التجارة . ١٩٣
- فصل : إذا أذن له في التجارة ، لم يجز له أن
 يؤجر نفسه ، ولا يتوكل لإنسان . ١٩٣ ، ١٩٤
- فصل : إذا رأى السيد عبده يتجر ، فلم
 ينه ، لم يصر مأذونا له . ١٩٤
- فصل : لا يبطل الإذن بالإباق . ١٩٤
- فصل : لا يجوز للمأذون التبرع بهبة ... ١٩٥

كتاب الوكالة

- فصل : كل من صح تصرفه في شيء بنفسه ،
 وكان مما تدخله النيابة ، صح أن
 يوكل فيه ... ١٩٧ ، ١٩٨
- فصل : للمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه
 بنفسه . ١٩٨
- ٨٤٠ - مسألة : (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ، ومطالبة
 الحقوق ، والعق والطلاق ، حاضرا كان
 الموكل أو غائبا) ١٩٨ - ٢٠٧
- فصل : يجوز التوكيل في مطالبة الحقوق ، ... ١٩٩ ، ٢٠٠

- فصل : لا يصح التوكيل في الشهادة . ٢٠٠
- فصل : فأما حقوق الله تعالى فما كان منها
- حدًا ... ، جاز التوكيل في استيفائه . ٢٠٠ - ٢٠٣
- فصل : كل ما جاز التوكيل فيه ، جاز
- استيفاؤه في حضرة الموكل وغيبته . ٢٠٣
- فصل : لا تصح الوكالة إلا بالإيجاب
- والقبول . ٢٠٣ ، ٢٠٤
- فصل : يجوز تعليقها على شرط . ٢٠٤
- فصل : يجوز التوكيل بجعل وبغير جعل . ٢٠٤ ، ٢٠٥
- فصل : لا تصح الوكالة إلا في تصرف
- معلوم . ٢٠٥ ، ٢٠٦
- فصل : إذا وكل وكيلين في تصرف ، وجعل
- لكل واحد الانفراد بالتصرف ، فله
- ذلك . ٢٠٦ ، ٢٠٧
- ٨٤١ - مسألة : (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه ، إلا
- أن يجعل ذلك إليه) ٢٠٧ - ٢١٣
- فصل : كل وكيل جاز له التوكيل ، فليس له
- أن يوكل إلا أمينًا . ٢٠٩
- فصل : الحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به
- إليه ، وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية
- يستتيب غيره ، حكم الوكيل ... ٢٠٩
- فصل : فأما الولي في النكاح ، فله التوكيل في
- تزويج موليته بغير إذنها . ٢١٠
- فصل : إذا أذن الموكل في التوكيل ، فوكل ،
- كان الوكيل الثاني وكيلًا للموكل ، ... ٢١٠
- فصل : إذا وكل رجلا في الخصومة ، لم يقبل

- إقراره على موكله بقبض الحق ولا
 غيره . ٢١٢، ٢١٢
- فصل : إن وكله في بيع شيء ، ملك
 تسليمه . ٢١٢
- فصل : إن وكله في بيع شيء ، ... ، ففيه
 وجهان ؛ ... ٢١٢، ٢١٣
- فصل : وإن وكله في شراء شيء ، ملك تسليم
 ثمنه . ٢١٣
- فصل : وإذا وكله في قبض دين من رجل ،
 فمات ، نظرت في لفظه ؛ ... ٢١٣
- ٨٤٢ - مسألة : (وإذا باع الوكيل ، ثم ادعى تلف الثمن من
 غير تعد ، فلا ضمان عليه . فإن اتهم ،
 حلف) ٢١٣ - ٢٢٤
- فصل : لو وكله في بيع عبد ، فباعه ... فسد
 البيع . ٢٢١
- فصل : إذا قبض الوكيل ثمن المبيع ، فهو أمانة
 في يده ، ... ٢٢٢
- فصل : قال أحمد في رواية أبي الحارث ، في
 رجل له على آخر دراهم ، فبعث إليه
 رسولا يقبضها ، فبعث إليه مع
 الرسول ديناراً ، فضااع مع الرسول
 فهو من مال الباعث . ٢٢٢ - ٢٢٤
- ٨٤٣ - مسألة : (ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالا ، فادعى
 أنه دفعه إليه ، لم يقبل قوله على الأمر إلا
 بينة) ٢٢٤ - ٢٢٨
- فصل : إن وكله في إيداع ماله ، فأودعه ولم

يُشهد ، ... لا يضمن إذا أنكر المودع . ٢٢٥
فصل : وإذا كان على رجل دين أو عنده ،
فجاءه إنسان فادعى أنه وكيل
صاحب الدين والوديعة في قبضهما ،
وأقام بذلك بينة ، وجب الدفع
إليه ...

٢٢٧ - ٢٢٥

فصل : فإن جاء رجل ، فقال : أنا وارث
صاحب الحق ، فإن أنكره ، لزمته
اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال . ٢٢٧
فصل : ومن طلب منه حق ، فامتنع من دفعه
حتى يشهد القابض على نفسه
بالقبض ، نظرت ...

٢٢٨

٨٤٤ - مسألة : (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز .

٢٣٣ - ٢٢٨

وكذلك الوصي

فصل : الحكم في الحاكم وأمينه . كالحكم في
الوكيل .

٢٣٠ ، ٢٢٩

فصل : إن وكل رجلا يتزوج له امرأة ، فهل
له أن يزوجه ابنته ؟ ...

٢٣٠

فصل : إن وكله رجل في بيع عبده ووكله
آخر في شراء عبد ... يجوز له أن
يشتريه له من نفسه ...

٢٣١ ، ٢٣٠

فصل : إذا أذن للوكيل أن يشتري من
نفسه ، جاز .

٢٣١

فصل : إذا وكل عبدا يشتري نفسه من
سيده ، صح .

٢٣٢ ، ٢٣١

فصل : إن وكل عبده في إعتاق نفسه ، أو

- ٢٣٢ امرأته في طلاق نفسها ، صح ...
- فصل : إن وكله في إخراج صدقة على
المساكين وهو مسكين ، ... لا يجوز
له أن يأخذ منه شيئا . ٢٣٣
- ٨٤٥ - مسألة : (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل
جائز . وكذلك شراؤه له من نفسه) ٢٣٤ ، ٢٣٣
- ٨٤٦ - مسألة : (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته
فباطل) ٢٣٤ - ٢٤٠
- فصل : متى خرج أحدهما عن كونه من أهل
التصرف ، ... فحكمه حكم الموت . ٢٣٦ ، ٢٣٥
- فصل : لا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل
فيه . ٢٣٦
- فصل : إن وكل امرأته في بيع أو شراء غيره ،
ثم طلقها ، لم تنفسخ الوكالة . ٢٣٧ ، ٢٣٦
- فصل : إن وكل مسلم كافرا فيما يصح
تصرفه فيه ، صح توكيله ... ٢٣٧
- فصل : لو وكل رجلا في نقل امرأته ، ...
فقامت البينة بطلاق الزوجة ، ...
بطلت الوكالة . ٢٣٨
- فصل : إن تلفت العين التي وكل في التصرف
فيها ، بطلت الوكالة . ٢٣٩ ، ٢٣٨
- فصل : نقل الأثرم عن أحمد ، في رجل كان
له على آخر دراهم ، فقال له : إذا
أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان ...
فخاف ... أن يكون الموكل قد
مات ، ... ، يجمع بين الوكيل
والورثة . ٢٤٠ ، ٢٣٩

- ٨٤٧ - مسألة : (وإذا وكله في طلاق زوجته ، فهو في يده
حتى يفسخ أو يطأ) ٢٤٠ ، ٢٤١
- ٨٤٨ - مسألة : (ومن وكل في شراء شيء فاشتري غيره ،
كان الأمر مخيراً في قبول الشراء ، فإن لم
يقبل ، لزم الوكيل ، إلا أن يكون اشتراه
بعين المال ، فيبطل الشراء) ٢٤١ - ٢٦٧
- فصل : إن وكله في أن يتزوج له امرأة ،
فتزوج له غيرها ، ... فالعقد فاسد . ٢٤٢ ، ٢٤٣
- فصل : قال القاضي : إذا قال لرجل : اشتر
لي بديني عليك طعاما . لم يصح . ٢٤٣
- فصل : لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما
يقتضيه إذن موكله . ٢٤٣ ، ٢٤٤
- فصل : إن وكله في عقد فاسد ، لم يملكه . ٢٤٤
- فصل : إن وكله في بيع عبد ... ، أو شرائه ،
لم يملك العقد على بعضه ؛ ... ٢٤٤ ، ٢٤٥
- فصل : فإن دفع إليه دراهم ، وقال : اشتر لي
بهذه عبدا . كان له أن يشتريه بعينها ،
وفي الذمة ؛ ... ٢٤٥ ، ٢٤٦
- فصل : إن عين له الشراء بنقد أو حالا ، لم
تجز مخالفته ... ٢٤٦
- فصل : إذا وكله في بيع سلعة نسيئة ، فباعها
نقدا بدون ثمنها نسيئة ، ... ، لم ينفذ
بيعه . ٢٤٦ ، ٢٤٧
- فصل : إن وكله في الشراء بثمن نقدا ،
فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد ،

- ٢٤٧ لم يقع للموكل ...
- ٢٤٨، ٢٤٧ فصل : ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ، ...
- ٢٤٩، ٢٤٨ فصل : من وكل في بيع عبد بمائة ، فباعه بأكثر منها ، صح .
- ٢٥٠، ٢٤٩ فصل : إن وكله في بيع عبد بمائة ، فباع نصفه بها ، ... جاز .
- ٢٥٠ فصل : إن وكله في شراء عبد بعينه بمائة ، فاشتراه بخمسين ، ... صح .
- ٢٥١، ٢٥٠ فصل : إن وكله في شراء عبد موصوف بمائة ، فاشتراه على الصفة بدونها ، جاز .
- ٢٥٢، ٢٥١ فصل : إن وكله في شراء سائمة بدینار ، فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار . لم يقع البيع للموكل ...
- ٢٥٣، ٢٥٢ فصل : إذا وكله في شراء سلعة موصوفة ، لم يجز أن يشتريها إلا سليمة .
- ٢٥٤، ٢٥٣ فصل : إن أمره بشراء سلعة بعينها ، فاشترها ، فوجدها معيبة ، احتمل أن له الرد .
- ٢٥٥، ٢٥٤ فصل : إذا اشترى الوكيل لموكله شيئا بإذنه ، انتقل الملك من البائع إلى الموكل .
- فصل : قال أحمد ، في رواية مهنا : إذا دفع إلى رجلين ثوبا لبيعه ، ففعل ، فوهب له المشتري مندبلا ، فالمنديل

فصل : في الشهادة على الوكالة ، إذا ادعى
الوكالة ، وأقام شاهدا وامرأتين ، أو
حلف مع شاهده ، ... فيها

٢٥٦، ٢٥٥

روايتان ؛ ...

فصل : فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم
الجمعة ، وشهد آخر أنه وكله يوم

٢٥٧، ٢٥٦

السبت ، لم تتم الشهادة ؛ ...

٢٥٨، ٢٥٧

فصل : لا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد .

فصل : يصح سماع البينة بالوكالة على

٢٥٨

الغائب .

٢٥٩، ٢٥٨

فصل : تقبل شهادة الوكيل على موكله .

فصل : إذا كانت الأمة بين نفسين ، فشهدا

أن زوجها وكل في طلاقها ، لم تقبل

٢٦٠، ٢٥٩

شهادتهما .

فصل : إذا حضر رجلان عند الحاكم ، فأقر

، ثم غاب الموكل ، وحضر

٢٦٠

الوكيل ، ... لا يحكم الحاكم بعلمه .

فصل : لو حضر عند الحاكم رجل ، فادعى

أنه وكيل فلان الغائب ، في شيء

عينه ، وأحضر بينة تشهد له

٢٦١، ٢٦٠

بالوكالة ، سمعها الحاكم ...

فصل : لو حضر رجل ، وادعى على غائب

مالا في وجه وكيله ، فأنكره ، فأقام

بينة بما ادعاه ، حلفه الحاكم ، وحكم

٢٦١

له بالمال ...

فصل : إذا قال : بعت هذا الثوب بعشرة ،
فما زاد عليها فهو لك . صح . ٢٦١

كتاب الإقرار بالحقوق

فصل : لا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار . ٢٦٢ - ٢٦٦

فصل : يصح الإقرار لكل من يثبت له الحق . ٢٦٦

فصل : إن أقر لحمل امرأة بمال ، وعزاه إلى

إرث أو وصية ، صح . ٢٦٦ ، ٢٦٧

٨٤٩ - مسألة : (ومن أقر بشيء ، واستثنى من غير جنسه ،

كان استثنأؤه باطلا ، إلا أن يستثنى عينا من

ورق ، أو ورقا من عين) ٢٦٧ - ٢٧٥

في هذه المسألة فصلان :

أولهما : أنه لا يصح الاستثناء في الإقرار

من غير الجنس . ٢٦٧ - ٢٦٩

الفصل الثاني : إذا استثنى عينا من ورق ،

أو ورقا من عين ، فاختلف

أصحابنا في صحته ؛ ... ٢٦٩ ، ٢٧٠

فصل : لو ذكر نوعا من جنس ، واستثنى

نوعا آخر من ذلك الجنس ، ... لم

يجز . ٢٧٠

فصل : فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى

منه ، فجائز . ٢٧٠ - ٢٧٢

فصل : حكم الاستثناء بسائر أدواته حكم

الاستثناء بإلا . ٢٧٢

- فصل : لا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلا
بالكلام . ٢٧٢ ، ٢٧٣
- فصل : لا يصح استثناء الكل بغير خلاف . ٢٧٣ ، ٢٧٤
- فصل : إن استثنى استثناء بعد استثناء ،
وعطف الثاني على الأول ، كان
مضافا إليه ٢٧٤
- فصل : إذا قال : له هذه الدار هبة ، أو ...
كان إقرارا بما أبدل به كلامه ، ولم
يكن إقرارا بالدار . ٢٧٥
- ٨٥٠ - مسألة : (ومن ادعى عليه شيء ، فقال : قد كان له
علی وقضيته . لم يكن ذلك إقرارا) ٢٧٦ - ٢٨٢
- فصل : إن قال : له على مائة ، وقضيته منها
خمسين . فالكلام فيها كالكلام فيما
إذا قال : وقضيته . وإن قال له
إنسان : لى عليك مائة . فقال
قضيته منها خمسين . فقال
القاضى : لا يكون مقرا بشيء . ٢٧٦ ، ٢٧٧
- فصل : إن قال : كان له على ألف .
وسكت ، لزمه الألف . ٢٧٧
- فصل : إن قال : له على ألف ، قضيته إياها .
لزمه الألف . ٢٧٧ ، ٢٧٨
- فصل : إن وصل إقراره بما يسقطه ، ... لزمه
الألف . ٢٧٨
- فصل : لا يقبل رجوع المقر عن إقراره ، إلا
فيما كان حدا لله تعالى ... ٢٧٨ ، ٢٧٩

- فصل : فإن قال : غصبت هذه الدار من
زيد ، وملكها لعمرى . لزمه دفعها
٢٨٠ ، ٢٧٩ إلى زيد .
- فصل : إن قال : غصبتها من أحدهما . أو هي
٢٨٠ لأحدهما . صح الإقرار .
- فصل : فإن كان فى يده عبدان ، فقال : أحد
٢٨١ ، ٢٨٠ هذين لزيد . طولب بالبيان .
- فصل : لو أقر لرجل بعبد ، ثم جاء به ...
فقال ليس هو هذا ... فعلى المقر
٢٨٢ ، ٢٨١ اليمين .
- ٨٥١ - مسألة : (ومن أقر بعشرة دراهم ، ثم سكت سكوتا
يمكنه الكلام فيه ، ثم قال : زبوا أو صغاراً أو
إلى شهر . كانت عشرة جيادا وافية حالة) ٢٨٢ - ٢٩١
- فصل : إن أقر بدراهم ، وأطلق ، فى بلد
أوزانهم ناقصة ... ففيه وجهان ؛ ... ٢٨٣ ، ٢٨٤
- فصل : إن أقر بدراهم ، وأطلق ، ثم
٢٨٤ فسرهما ... قبل .
- فصل : إن قال : له على درهم كبير . لزمه
درهم من دراهم الإسلام . ٢٨٤ ، ٢٨٥
- فصل : إذا أقر بدرهم ، ثم أقر بدرهم ، لزمه
درهم واحد . ٢٨٥
- فصل : إن قال : له على درهم ودرهم . لزمه
درهمان . ٢٨٥ ، ٢٨٦
- فصل : إن قال : له على درهم بل
درهمان ، ... لزمه درهمان . ٢٨٦ - ٢٨٨

فصل : إن قال : له على درهم قبله درهم ،

أو بعده درهم . لزمه درهمان ...

٢٨٩ ، ٢٨٨

لزمه ثلاثة .

فصل : إن قال : له على ما بين درهم

٢٨٩

وعشرة . لزمته ثمانية .

فصل : إن قال : له على دراهم . لزمه ثلاثة ٢٨٩

فصل : إن قال : له على درهمان في عشرة .

وقال : أردت الحساب . لزمه

٢٩٠

عشرون ...

فصل : إن قال : له عندى درهم في ثوب ،

٢٩١ ، ٢٩٠

أو ... ففيه وجهان ؛ ...

فصل : إن قال : له عندى دار مفروشة ، ...

٢٩١

ففيه وجهان ؛ ...

فصل : إن قال : له على درهم ، أو دينار . أو

إما درهم وإما دينار . كان مقرا

٢٩١

بأحدهما ...

٨٥٢ - مسألة : (ومن أقر بشيء ، واستثنى منه الكثير ،

وهو أكثر من النصف ، أخذ بالكل ، وكان

٢٩٨ - ٢٩٢

استثاؤه باطلا)

فصل : في استثناء النصف وجهان ؛

٢٩٤ ، ٢٩٣

أحدهما ، يجوز ...

فصل : إذا قال : له على عشرة ، إلا سبعة ،

إلا خمسة ، إلا درهمين . صح ،

٢٩٥ ، ٢٩٤

وكان مقرا بستة .

فصل : إن قال : له على ألف درهم ، إلا

- ٢٩٥ خمسين . فالمستثنى دراهم .
- فصل : إن قال : له على تسعة وتسعون
- ٢٩٧، ٢٩٦ درهما . فالجميع دراهم .
- فصل : إن قال : له على ألف ودرهم ، أو
- ألف وثوب ... فالجمل من جنس
- ٢٩٨، ٢٩٧ المفسر ...
- ٨٥٣ - مسألة : (وإذا قال : له عندى عشرة دراهم . ثم
- ٢٩٩، ٢٩٨ قال : وديعة . كان القول قوله)
- ٨٥٤ - مسألة : (ولو قال : له على ألف . ثم قال : وديعة .
- ٢٩٩ - ٣١٠ لم يقبل قوله)
- فصل : إن قال : لك على مائة درهم ...
- وقال : هذه التى أقررت بها ... فقال
- المقر له ... التى أقررت بها غيرها ...
- ٣٠١، ٣٠٠ القول قول المقر له .
- فصل : فإن قال : له فى هذا العبد ألف .
- أو : له من هذا العبد ألف . طولب
- ٣٠٢، ٣٠١ بالبيان .
- فصل : إن قال : له فى مالى هذا ألف ، أو من
- مالى ألف وفسره بدين أو وديعة أو
- ٣٠٣، ٣٠٢ وصية فيه ، قبل .
- فصل : إن قال : له فى هذا العبد شركة .
- ٣٠٣ صح إقراره .
- فصل فى الإقرار بالمجهول : إذا قال : لفلان
- على شىء . أو كذا . صح
- ٣٠٣ - ٣٠٥ إقراره ، ولزمه تفسيره .
- فصل : إن أقر بمال ، قيل تفسيره بقليل المال
- ٣٠٦، ٣٠٥ وكثيره .

- فصل : إن قال : له على أكثر من مال فلان .
 ففسره بأكثر منه عددا أو قدرا ، لزمه
 ٣٠٧ ، ٣٠٦ . أكثر منه .
- فصل : لو قال : له على ألف . إلا شيئا . قبل
 ٣٠٧ . تفسيره بأكثر من خمسمائة .
- فصل : إن قال : له على كذا ، ففيه ثلاث
 ٣١٠ - ٣٠٨ . مسائل ؛ ...
- فصل : لو قال : غصبتك ، أو غبتك . لم
 ٣١٠ . يلزمه شيء .
- فصل : تقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول . ٣١٠
- ٨٥٥ - مسألة : (لو قال : له عندي رهن . فقال المالك :
 ٣١٠ - ٣١٤ . وديعة . كان القول قول المالك)
- فصل : إن قال : لك على ألف من ثمن مبيع لم
 ٣١١ ، ٣١٠ . أقبضه ... فيه وجهان ؛ ...
- فصل : إذا قال : بعثك جاريتي هذه . قال :
 بل زوجتنيها . فلا يخلو . إما أن
 يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو
 بعده ... فإن كان بعد ... فهو مقر
 بها لمدعى الزوجية ... وإن كان
 ٣١١ - ٣١٣ . قبل ... يقر أنها صارت أم ولد .
- فصل : لو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه ، ...
 ٣١٣ . عتق في الحال .
- فصل : لو أقر لرجل بعبد أو غيره ، ثم جاء
 به ... قال : بل هو غيره ، لم يلزمه
 ٣١٤ . تسليمه إلى المقر له .

٨٥٦ - مسألة : (ولو مات ، فخلف ولدين ، فأقر أحدهما

بأخ أو أخت ، لزمه أن يعطى الفضل الذى

فى يده لمن أقر له به) ٣١٤ - ٣٢٧

فصل : وإن أقر جميع الورثة بنسب من

يشاركهم فى الميراث ، ثبت نسبه . ٣١٦ ، ٣١٧

فصل فى شروط الإقرار بالنسب : لا يخلو

إما أن يقر على نفسه خاصة ، ...

اعتبر فى ثبوت نسبه أربعة شروط ... ٣١٧ ، ٣١٨

فصل : إن كان أحد الولدين غير وارث ،

لكونه رقيقا ... فلا عبرة به ، وثبت

النسب بقول الآخر وحده . ٣١٨

فصل : إن كان أحد الوارثين غير مكلف ...

فأقر المكلف بأخ ثالث ، لم يثبت

النسب بإقراره . ٣١٩

فصل : إذا أقر الوارث بمن يحجبه ... ثبت

نسب المقر به . ٣١٩ ، ٣٢٠

فصل : فإن خلف ابنا ، فأقر بأخ ، ثبت

نسبه ، ثم إن أقر بثالث ، ثبت نسبه

أيضا . ٣٢٠ ، ٣٢١

فصل : إن أقر الابن بأخويه دفعة واحدة ،

فصدق كل واحد منهما صاحبه ،

ثبت نسبهما . وإن تكاذبا ففهيما

وجهان ؛ ... ٣٢١ ، ٣٢٢

فصل : إذا خلف امرأة وأخا ، فأقرت المرأة

بابن للميت ، وأنكر الأخ ، لم يثبت

- نسبه ، ودفعت إليه ثمن الميراث . ٣٢٢
- فصل : إذا شهد من الورثة رجلان عدلان
بنسب مشترك لهم في الميراث ، ثبت
نسبه إذا لم يكونا متهمين . ٣٢٢ ، ٣٢٣
- فصل : إن أقر رجلان عدلان بنسب مشترك
لهما في الميراث ، وثم وارث غيرهما ،
لم يثبت النسب ... ٣٢٣
- فصل : إذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ،
ثبت نسبه وورثه . ٣٢٣
- فصل : إذا خلف رجل امرأة وابنا من
غيرها ، فأقر الابن بأخ له ، لم يثبت
نسبه . ٣٢٤
- فصل : إذا ثبت النسب بالإقرار ، ثم أنكر
المقر ، لم يقبل إنكاره ٣٢٤
- فصل : إن أقرت المرأة بولد ، ولم تكن ذات
زوج ولا نسب ، قبل إقرارها . وإن
كانت ذات زوج ... على روايتين ، ... ٣٢٤
- فصل : لو قدمت امرأة من بلد الروم ،
ومعها طفل ، فأقر به رجل ،
لحقه . ٣٢٥
- فصل : إن أقر بنسب صغير ، لم يكن مقرا
بزوجية أمه . ٣٢٥
- فصل : إذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد ، لا
زوج لها ، ولا أقر بوطئها ، فقال :
أحد هؤلاء ولدى . فأقراره صحيح ٣٢٥ ، ٣٢٦

- فصل : إذا كان له أمتان ، لكل واحدة منهما ولد ، فقال : أحد هذين ولدى من أمتى . نظرت ... ٣٢٧ ، ٣٢٦
- ٨٥٧ - مسألة : (وكذلك إن أقر بدين على أبيه ، لزمه من الدين بقدر ميراثه) ٣٢٨ - ٣٣٠
- فصل : إذا ادعى رجلان دارا بينهما ، ملكاها بسبب يوجب الاشتراك ... فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما ، فذلك لهما جميعا . ٣٢٩ ، ٣٣٠
- ٨٥٨ - مسألة : (وكل من قلت : القول قوله . فلخصمه عليه اليمين) ٣٣٠ ، ٣٣١
- فصل : إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة ، أو رهن وأقبض ، ... ثم أنكر ذلك ، وسأل لإحلاف خصمه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يستحلف ... والثانية ، يستحلف . ٣٣١ ، ٣٣٠
- ٨٥٩ - مسألة : (والإقرار بدين في مرض موته ، كالإقرار في الصحة ، إذا كان لغير وارث) ٣٣١ ، ٣٣٢
- فصل : فإن أقر لأجنبي بدين في مرضه ، وعليه دين ... وفي المال سعة لهما ، فهما سواء . ٣٣٢
- ٨٦٠ - مسألة : (وإن أقر لوارث ، لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا بينة) ٣٣٢ - ٣٣٩
- فصل : إن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه ، صح . ٣٣٣

فصل : إن أقر لوارث ، فصار غير وارث ...

لم يصح إقراره له ، وإن أقر لغير

وارث ، ثم صار وارثا ، صح إقراره

له . ٣٣٤

فصل : إن أقر لوارث وأجنبي ، بطل في حق

الوارث ، وصح في حق الأجنبي ٣٣٥، ٣٣٤

فصل : ويصح إقرار المريض بوارث ، في

إحدى الروايتين . والأخرى ، لا

يصح . ٣٣٥

فصل : ويصح الإقرار من المريض بإحبال

الأمه . ٣٣٦، ٣٣٥

فصل : في الألفاظ التي يثبت بها الإقرار :

إذا قال : له على ألف ، أو قال له :

لى عليك ألف ؟ فقال : نعم ، ...

كان مقرا . ٣٣٦ - ٣٣٨

فصل : إن قال : لى عليك ألف . فقال : أنا

أقر . لم يكن إقرارا ، وإن قال : لا

أنكر . لم يكن إقرارا ... ٣٣٨، ٣٣٩

كتاب العارية

٨٦١ - مسألة : (والعارية مضمونة ، وإن لم يتعد فيها

المستعير) ٣٤٠ - ٣٦٤

فصل : إن شرط نفى الضمان ، لم يسقط . ٣٤٣، ٣٤٢

فصل : إذا انتفع بها ، وردّها على صفتها ، فلا

شيء عليه . ٣٤٣، ٣٤٤

فصل : فأما ولد العارية ، فلا يجب ضمانه ،

- في أحد الوجهين ، ... ويضمنه في
الآخر . ٣٤٤
- فصل : يجب ضمان العين بمثلها إن كانت من
ذوات الأمثال . ٣٤٤
- فصل : إن كانت العين باقية ، فعلى المستعير
ردها إلى المعير ... ٣٤٥ ، ٣٤٤
- فصل : لا تصح العارية إلا من جائز
التصرف . ٣٤٥
- فصل : وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة
مباحة مع بقائها على الدوام . ٣٤٦ ، ٣٤٥
- فصل : لا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر . ٣٤٦
- فصل : تجوز الإعارة مطلقا ومقيدا . ٣٤٧ ، ٣٤٦
- فصل : إن استعار شيئا فله استيفاء منفعته
بنفسه وبوكيله . ٣٤٨ ، ٣٤٧
- فصل : إن أعاره شيئا ، وأذن له في
إيجارته ... جاز . ٣٤٨
- فصل : يجوز أن يستعير عبدا ليرهنه . ٣٤٩ ، ٣٤٨
- فصل : تجوز العارية مطلقة ومؤقتة . ٣٥٠ ، ٣٤٩
- فصل : إذا أطلق المدة في العارية ، فله أن
ينتفع بها ما لم يرجع ... ٣٥٠
- فصل : فإن أعاره شيئا ينتفع به انتفاعا يلزم
من الرجوع في العارية في أثناءه ،
ضرر بالمستعير ، لم يجز له الرجوع . ٣٥٠ - ٣٥٤
- فصل : إذا استعار دابة ليركبها ، جاز . ٣٥٤
- فصل : من استعار شيئا ، فانتفع به ، ثم ظهر

- مستحقا ، فلمالكة أجر مثله ... ٣٥٥، ٣٥٤
- فصل : إذا حمل السيل بذر رجل من أرضه
إلى أرض غيره ، فنبت فيها ، لم يجبر
على قلعه . ٣٥٦، ٣٥٥
- فصل : إذا اختلف رب الدابة وراكبها ...
فإن كان عقيب العقد ، فالقول قول
الراكب ... وإن كان الاختلاف بعد
مضى مدة لمثلها أجر ، فادعى المالك
الإجارة ، فالقول قوله مع يمينه . ٣٥٦ - ٣٥٨
- فصل : إن قال المالك : غصبتها . وقال
الراكب : بل أعرتها . فإن كان
الاختلاف عقيب العقد ، فلا معنى
للاختلاف ، ... ٣٥٨، ٣٥٩

كتاب الغصب

- فصل : وما تتائل أجزاءه ، وتتقارب
صفاته ، كالدرهم ، ... ضمن
بمثله . ٣٦٢ - ٣٦٤
- ٨٦٢ - مسألة : (ومن غصب أرضا ، فغرسها ، أخذ بقلع
غرسه وأجرتها إلى وقت تسليمها ، ومقدار
نقصانها ، إن كان نقصها الغرس)
٣٦٤ - ٣٧٦
- الكلام في هذه المسألة في فصول :
أحدها : أنه يتصور غصب العقار من
الأراضي والدور ، ويجب ضمانها
على غاصبها . ٣٦٤، ٣٦٥
- الفصل الثاني : أنه إذا غرس في أرض غيره بغير

- إذنه ... فطلب صاحب الأرض قلع
 ٣٦٥ - ٣٦٧ غراسه ... لزم الغاصب ذلك .
- فصل : الحكم فيما إذا بنى فى الأرض ،
 ٣٦٧ كالحكم فيما إذا غرس فيها ...
- فصل : إن غصب دارا ، فخصصها وزوقها
 وطالبه ربحا بإزالته ، وفى إزالته
 ٣٦٧ غرض ، لزمه إزالته ...
- فصل : إن غصب أرضا ، فكشط ترابها ،
 لزمه رده وفرشه على ما كان ، إن طلبه
 المالك ... ٣٦٧ ، ٣٦٨
- فصل : إن غصب أرضا ، فحفر فيها بئرا ،
 ٣٦٨ ، ٣٦٩ فطالبه المالك بطمها ، لزمه ذلك .
- الفصل الثالث : أن على الغاصب أجر الأرض
 منذ غصبها إلى وقت تسليمها . ٣٦٩ ، ٣٧٠
- الفصل الرابع : أن على الغاصب ضمان
 نقص الأرض . ٣٧٠ ، ٣٧١
- فصل : قدر الأرض قدر نقص القيمة فى جميع
 الأعيان . ٣٧١ ، ٣٧٢
- فصل : إن غصب عبدا ، فجنى عليه جناية
 مقدرة الدية ، فعلى قولنا : ضمان
 الغصب ضمان الجناية . ٣٧٢ ، ٣٧٣
- فصل : إن غصب عبدا فقطع آخر يده ،
 ٣٧٣ فللمالك تضمين أيهما شاء .
- فصل : إن غصب عبدا فقطع أذنيه ، أو ...
 ٣٧٣ ، ٣٧٤ لزمته قيمته كلها ، ورد العبد .

- فصل : إن جنى العبد المغصوب ، فجنايته
 ٣٧٤ مضمونة على الغاصب .
- فصل : إذا نقصت عين المغصوب دون
 ٣٧٥ ، ٣٧٤ قيمته ، فذلك على ثلاثة أقسام ؛ ...
- فصل : إن غصب عبدا فسمن سمنا نقصت به
 ٣٧٥ قيمته ... وجب أرش النقص .
- فصل : إن نقص المغصوب نقصا غير
 ٣٧٦ ، ٣٧٥ مستقر ... فعليه ضمان نقصه .
- ٨٦٣ - مسألة : (وإن كان زرعها ، فأدركها ربها والزرع
 قائم ، كان الزرع لصاحب الأرض ، وعليه
 النفقة ، وإن استحققت بعد أخذ الغاصب
 ٣٧٦ - ٣٨١ الزرع ، فعليه أجرة الأرض)
- فصل : إن كان الزرع مما يبقى أصوله في
 الأرض ، ويُجَزَّء ... احتمل أن يكون
 ٣٧٩ حكمه ما ذكرنا .
- فصل : إن غصب أرضا فغرسها فأثمرت ،
 فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب
 ٣٧٩ ثمرتها ، فهي له .
- فصل : إن غصب شجرا فأثمر ، فالثمر
 ٣٨٠ ، ٣٧٩ لصاحب الشجر .
- فصل : إن غصب أرضا فحكمها في جواز
 دخول غيره إليها حكمها قبل
 ٣٨١ ، ٣٨٠ الغصب .
- ٨٦٤ - مسألة : (ومن غصب عبدا ، أو أمة ، وقيمته مائة ،
 فزاد في بدنه ، أو بتعلم ، حتى صارت قيمته

- مائتين ، ثم نقص بنقصان بدنه ، أو نسيان ما علم ، حتى صارت قيمته مائة ، أخذه السيد ، وأخذ من الغاصب مائة) ٣٨١ - ٣٩١
- فصل : إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت ، فبلغت قيمتها ألفا ، ثم تعلمت صناعة فبلغت ألفين ، ثم هزلت ونسيت فعادت قيمتها إلى مائة ، ردها ورد ألفا وتسعمائة . ٣٨٢، ٣٨٣
- فصل : إن مرض المغصوب ثم برأ ... أو غصب جارية حسناء فسمنت ... ثم خف سمها ... ردها ولا ضمان عليه . ٣٨٣، ٣٨٤
- فصل : زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب . ٣٨٤
- فصل : ليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار . ٣٨٤، ٣٨٥
- فصل : لو غصب شيئا فشقه نصفين ، وكان ثوبا ينقصه القطع ، رده وأرشفه ... ٣٨٥
- فصل : إن غصب ثوبا فلبسه فأبلاه ، ... ، لزمه رده وأرشفه . ٣٨٥، ٣٨٦
- فصل : إن غصب ثوبا أو زوليا فذهب بعض أجزائه ... فعليه أرشفه . ٣٨٦
- فصل : إذا نقص المغصوب عند الغاصب ، ثم باعه فتلّف عند المشتري فله أن

- يضمن من شاء منهما . ٣٨٧، ٣٨٦
- فصل : إذا غصب حنطة فطحنها ، أو ... ، لم يزل ملك صاحبه عنه . ٣٨٧ - ٣٨٩
- فصل : إن غصب حبا فزرعه فصار زرعاً ... فهو للمغصوب منه . ٣٨٩ ، ٣٩٠
- فصل : إن غصب دنائير أو دراهم من رجل ، وخلطها بمثلها لآخر ، فلم يتميزا ، صارا شريكين . ٣٩٠
- فصل : إن غصب عبداً ، فصاذ صيدا ، ... فهو لسيده . ٣٩٠ ، ٣٩١
- ٨٦٥ - مسألة : (ومن غصب جارية ، فوطئها ، وأولدها ، لزمه الحد ، وأخذها سيدها وأولادها ومهر مثلها)
- ٣٩١ - ٣٩٣
- فصل : إن كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك ... فلا حد عليه . ٣٩٢ ، ٣٩٣
- ٨٦٦ - مسألة : (وإن كان الغاصب باعها ، فوطئها المشتري ، وأولدها ، وهو لا يعلم ، ردت الجارية إلى سيدها ، ومهر مثلها ، وفدى أولاده بمثلهم ، وهم أحرار ، ورجع بذلك كله على الغاصب)
- ٣٩٣ - ٤٠٠
- فصل : من استكره امرأة على الزنى ، فعليه الحد دونها ... وعليه مهرها ... ٣٩٦ ، ٣٩٧
- فصل : إذا أجر الغاصب المغصوب ، فالإجارة باطلة ... ٣٩٧
- فصل : إن أودع المغصوب ، أو وكل رجلاً

- في بيعه ، ودفعه إليه ، فتلف في يده ،
 ٣٩٨ ، ٣٩٧ فللمالك تضمين أيهما شاء ...
- فصل : إن أعار العين المغصوبة ، فتلفت عند
 المستعير ، فللمالك تضمين أيهما شاء
 ٣٩٨ أجرها وقيمتها ...
- فصل : إن وهب المغصوب لعالم بالغصب ،
 ٣٩٩ ، ٣٩٨ استقر الضمان على المتهب .
- فصل : تصرفات الغاصب كتصرفات
 ٣٩٩ الفضولى .
- فصل : إذا غصب أئمانا فاتجر بها ... الربح
 ٤٠٠ ، ٣٩٩ للمالك .
- ٨٦٧ - مسألة : (ومن غصب شيئا ، ولم يقدر على رده ،
 لزمته الغاصب القيمة ، فإن قدر عليه ،
 رده وأخذ القيمة)
 ٤٠٠ - ٤٠٢
- فصل : إن غصب عصيرا فصار خمرا ، فعليه
 ٤٠٢ ، ٤٠١ مثل العصير .
- فصل : إذا غصب شيئا بيلد ، فلقية بيلد
 ٤٠٢ آخر ، فطالبه به ، نظرت ؛ ...
- ٨٦٨ - مسألة : (ولو غصبها حاملا ، فولدت في يده ، ثم
 مات الولد ، أخذها سيدها وقيمة ولدها ،
 أكثر ما كانت قيمته)
 ٤٠٦ - ٤٠٢
- فصل : إن كان المغصوب من المثليات
 ٤٠٦ ، ٤٠٥ فتلف ، وجب رد مثله .
- ٨٦٩ - مسألة : (وإذا كانت للمغصوب أجرة ، فعلى

- الغاصب رده ، وأجر مثله مدة مقامه في يده) ٤٠٦ - ٤٢٤
- فصل : إن غصب شيئا ، فشغله بملكه ... ٤٠٧ ، ٤٠٨
- نظرنا ؛ ... ٤٠٧ ، ٤٠٨
- فصل : إن غصب فصيلا ، فأدخله داره ، فكبر ولم يخرج من الباب ... إلا بنقضه وجب نقضه ، ورد ٤٠٨ ، ٤٠٩
- الفصيل ... ٤٠٨ ، ٤٠٩
- فصل : إن غصب جوهرة فابتلعها بهيمة ، ... حكمها حكم الخيط الذى خاط به جرحها . ٤٠٩ - ٤١١
- فصل : إن غصب دينارا ، فوقع في محبرته ... كسرت ورد الدينار ... ٤١١
- فصل : إن غصب لوحا ، فرقع به سفينة ، فإن كانت على الساحل ، لزم قلعه ورده ... ٤١١ ، ٤١٢
- فصل : إذا غصب شيئا فخلطه بما يمكن تمييزه منه ... لزمه تمييزه ، ورده ... ٤١٢ - ٤١٤
- فصل : إن غصب ثوبا فصبغه ، لم يخل من ثلاثة أقسام ؛ ... ٤١٤ - ٤١٨
- فصل : إذا غصب طعاما ، فأطعمه غيره ، فللمالك تضمين أيهما شاء . ٤١٨ - ٤٢٠
- فصل : إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ، ولا بينة لأحدهما ، فالقول قول الغاصب . ٤٢٠ ، ٤٢١
- فصل : إذا باع عبدا ، فادعى إنسان على

- البائع أنه غصبه العبد ، وأقام بذلك
 ٤٢٢ ، ٤٢١ بينة ، انتقض البيع ...
- فصل : إن كان المشتري أعتق العبد ، فأقرا
 ٤٢٣ ، ٤٢٢ جميعا ، لم يقبل ذلك ...
- فصل : إذا باع عبدا أو وهبه ، ثم ادعى أنى
 فعلت ذلك قبل أن أملكه ، وقد
 ملكته الآن ... فيلزمك رده ...
 ٤٢٣ نظرت ؛ ...
- فصل : إذا جنى العبد المصوب جناية
 أوجبت القصاص ، فاقص منه ،
 ٤٢٤ ، ٤٢٣ فضمانه على الغاصب .
- ٨٧٠ - مسألة : (من أتلف لذمى خمرا أو خنزيرا ، فلا غرم
 عليه ، وينهى عن التعرض لهم فيما لا
 يظهر منه)
 ٤٢٤ - ٤٣٦
- فصل : إن غصب من ذمى خمرا ، لزمه
 ٤٢٦ ردها .
- فصل : إن غصب كلبا يجوز اقتناؤه ، وجب
 ٤٢٧ رده .
- فصل : إن كسر صليبا ، أو مزمارا ، أو ...
 ٤٢٨ ، ٤٢٧ لم يضمنه .
- فصل : إن كسر آنية ذهب أو فضة ، لم
 يضمنها .
 ٤٢٨
- فصل : إن كسر آنية الخمر ، ففيها
 ٤٢٩ ، ٤٢٨ روايتان ؛ ...
- فصل : لا يثبت الغصب فيما ليس بمال ،
 ٤٣٠ ، ٤٢٩ كالخمر .

٤٣٠. فصل : أم الولد مضمونة بالغضب .
- فصل : إذا فتح قفصا عن طائر فطار ، أو حل
 ٤٣١ ، ٤٣٠. دابة فذهبت ، ضمنها .
- فصل : لو حل زقا فيه مائع ، فاندفق ،
 ٤٣٢ ، ٤٣١ ضمنه .
- فصل : إن حل رباط سفينة فذهب أو
 ٤٣٢ غرقت ، فعليه قيمتها ...
- فصل : إذا أوقد في ملكه نارا ... فطار
 شرارة إلى دار جاره فأحرقها ... لم
 يضمن ... إذا كان فعل ما جرت به
 ٤٣٣ ، ٤٣٢ العادة من غير تفريط .
- فصل : إن ألقى الرمح إلى داره ثوب غيره ،
 ٤٣٣ لزمه حفظه .
- فصل : إذا أكلت بهيمة حشيش قوم ، ويد
 ٤٣٤ ، ٤٣٣ صاحبها عليها ... ضمن .
- فصل : إذا شهد بالغضب شاهدان ، فشهد
 أحدهما أنه غصبه يوم الخميس ،
 وشهد آخر أنه غصبه يوم الجمعة ، لم
 ٤٣٤ تتم البينة ...

كتاب الشفعة

- ٨٧١ - مسألة : (ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم ،
 فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا
 ٤٣٦ - ٤٥٣ شفعة)
- وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف
 الأصل ... فلا تثبت إلا بشروط أربعة :

- أحدها: أن يكون الملك مشاعا بغير مقسوم ٤٣٦ - ٤٣٩
 فصل: الشرط الثاني ، أن يكون المبيع
 أرضا . ٤٣٩ - ٤٤١
 فصل: الشرط الثالث ، أن يكون المبيع مما
 يمكن قسمته . ٤٤١ - ٤٤٣
 فصل: الشرط الرابع ، أن يكون الشقص
 منتقلا بعوض . ٤٤٣ - ٤٤٦
 فصل: إذا جنى جنايتين ، عمدا وخطأ ،
 فصالحه منهما على شقص ، فالشفعة
 في نصف الشقص دون باقيه . ٤٤٦ ، ٤٤٧
 فصل: لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل
 انقضائه . ٤٤٧ ، ٤٤٨
 فصل: بيع المريض كبيع الصحيح ، في
 الصحة ، ... ٤٤٨ - ٤٥٠
 فصل: ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل
 لفظ يدل على أخذه . ٤٥٠ ، ٤٥١
 فصل: إذا أراد الشفيع أخذ الشقص ، ... ،
 أخذه ... ٤٥١ ، ٤٥٢
 فصل: إذا أقر البائع بالبيع ، وأنكر
 المشتري ، ففيه وجهان ؛ ... ٤٥٢ ، ٤٥٣
 ٨٧٢ - مسألة: (ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه
 بالبيع ، فلا شفعة له) ٤٥٣ - ٤٦١
 فصل: فإن أخبره بالبيع مخبر ، فصدقه ، ولم
 يطالب بالشفعة ، بطلت شفيعته . ٤٥٦
 فصل: إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما

- وقع العقد به ، فترك الشفيع الشفعة ،
 ٤٥٨ - ٤٥٦ لم تسقط الشفعة .
- فصل : إن لقيه الشفيع في غير بلده فلم
 ٤٥٨ يطالبه ... سقطت شفيعته .
- فصل : إذا قال الشفيع للمشتري : بمعنى ما
 اشتريت . أو قاسمى . بطلت
 ٤٥٩ ، ٤٥٨ شفيعته .
- فصل : إن قال : آخذ نصف الشقص .
 ٤٥٩ سقطت شفيعته .
- فصل : إن أخذ الشقص بثمن مغصوب ،
 ٤٥٩ ففيه وجهان ؟ ...
- فصل : من وجبت له الشفعة ، فباع نصيبه
 ٤٥٩ - ٤٦١ علما بذلك ، سقطت شفيعته .
- ٨٧٣ - مسألة : (ومن كان غائبا ، وعلم بالبيع في وقت
 ٤٦٢ ، ٤٦١ قدومه ، فله الشفعة ، وإن طالت غيبته)
- ٨٧٤ - مسألة : (وإن علم وهو في السفر ، فلم يشهد على
 ٤٦٢ - ٤٦٤ مطالبته ، فلا شفعة له)
- فصل : إذا أشهد على المطالبة ، ثم أصر القدوم
 ٤٦٣ ، ٤٦٤ مع إمكانه ... الشفعة بحالها .
- فصل : من كان مريضا مرضا لا يمنع
 ٤٦٤ المطالبة ... فهو كالصحيح ...
- ٨٧٥ - مسألة : (فإن لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر ،
 كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم ،
 فإن طالب الأول ، رجع الثاني بالثمن الذي
 ٤٦٤ - ٤٧٠ أخذ منه ، والثالث على الثاني)

- فصل : إن تصرف المشتري في الشقص بما لا
تجب به الشفعة ... للشفيع فسخ
ذلك التصرف ... ٤٦٦ ، ٤٦٧
- فصل : فإن جعله صداقا أو ... انبنى ذلك
على الوجهين في الأخذ بالشفعة . ٤٦٧
- فصل : فإن قایل البائع المشتري ، أو ...
للشفيع فسخ الإقالة والرد ... ٤٦٧
- فصل : إن اشترى شقصا بعبد ، ثم وجد ...
بالعبد عيبا ، فله رد العبد ... ٤٦٧ - ٤٦٩
- فصل : لو كان ثمن الشقص مكيلا أو
موزونا ، فتلف قبل قبضه ، بطل
البيع ... ٤٦٩
- فصل : إن اشترى شقصا بعبد أو ثمن معين ،
فخرج مستحقا ، فالبيع باطل ... ٤٦٩ ، ٤٧٠
- فصل : إذا وجبت الشفعة ... فقال البائع
للشفيع : أقلنى . فأقاله ، لم
تصح ... ٤٧٠
- ٨٧٦ - مسألة : (وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة)
٤٧٠ - ٤٧٥
- فصل : فأما الولي ، فإن كان للصبي حظ في
الأخذ بها ... لزم وليه الأخذ
بالشفعة . ٤٧١ ، ٤٧٢
- فصل : إذا باع وصى الأيتام ... كان له
الأخذ للآخر بالشفعة ... ٤٧٢ ، ٤٧٣
- فصل : إذا عفا ولي الصبي عن شفيعه ...

- ٤٧٣ ثم أراد الأخذ بها ، فله ذلك .
- فصل : والحكم في المجنون المطبق كالحكم في
٤٧٤ الصبي سواء .
- فصل : إذا بيع شقص . في شركة مال
٤٧٥ ، ٤٧٤ المضاربة ، فللعامل الأخذ بها ...
- فصل : لا شفعة بشركة الوقف . ٤٧٥
- ٨٧٧ - مسألة : (وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة
بنائه ، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه ،
فله ذلك ، إذا لم يكن في أخذه ضرر) ٤٧٥ - ٤٧٩
- فصل : إن زرع في الأرض ، فللشفيع الأخذ
٤٧٧ بالشفعة ...
- فصل : إذا نما المبيع في يد المشتري ، لم يخل
٤٧٨ ، ٤٧٧ من حالين ؛ ...
- فصل : إن تلف الشقص أو بعضه في يد
٤٧٩ ، ٤٧٨ المشتري ، فهو من ضمانه .
- ٨٧٨ - مسألة : (إن كان الشراء وقع بعين ، أو ورق ،
أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضا ،
٤٧٩ - ٤٨٨ أعطاه قيمته)
- فصل : يستحق الشفيع الشقص بالثمن الذى
٤٨٠ ، ٤٨١ استقر عليه العقد .
- فصل : إن كان الثمن مما تجب قيمته ، فإنها
٤٨١ تعتبر وقت البيع ...
- فصل : إذا كان الثمن مؤجلا ، أخذه الشفيع
٤٨٢ بذلك الأجل ...
- فصل : إذا باع شقصا مشفوعا ، ومعه ما لا

شفعة فيه ... ثبتت الشفعة ... ٤٨٣، ٤٨٢

فصل: إذا باع شقصين من أرضين ، صفقة

واحدة ... والشريك في أحدهما غير

الشريك في الآخر ، فلهما أن يأخذا

ويقتسما الثمن ... ٤٨٣

فصل: لا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على

الثمن .

٤٨٥ - ٤٨٣

فصل: لا يحل الاحتيا ل إسقاط الشفعة ... ٤٨٥ - ٤٨٨

٨٧٩ - مسألة: (وإن اختلفا في الثمن ، فالقول قول

المشتري ، إلا أن يكون للشفيع بينة) ٤٨٩ - ٤٩٧

فصل: إن قال المشتري : لا أعلم مبلغ

الثمن . فالقول قوله . ٤٩٠

فصل: إن اشترى شقصا بعرض ، واختلفا

في قيمته ... فالقول قول المشتري ٤٩٠

فصل: إذا ادعى الشفيع على بعض

الشركاء ... فإنه يحتاج إلى تحرير

دعواه ...

٤٩٠، ٤٩١

فصل: إن قال : اشتريته لفلان ... فإن

صدقه ... كان الشراء له ... ٤٩١، ٤٩٢

فصل: إذا كانت دار بين حاضر وغائب ،

فادعى الحاضر ... أنه اشتراه ...

فصدقه ، فللشفيع أخذه بالشفعة . ٤٩٢، ٤٩٣

فصل: إذا ادعى رجل على رجل شفعة في

شقص اشتراه ... فعلى الشفيع إقامة

البينة .

٤٩٣

- فصل : إذا ادعى على شريكه : أنك اشتريت نصيبك من عمرو ... إقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل . ٤٩٣ ، ٤٩٤
- فصل : إذا كانت دار بين رجلين ، فادعى كل واحد منهما ... سألناهما : متى ملكتها ؟ ... ٤٩٤
- فصل : إذا اختلف المتبايعان في الثمن ... فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان ، أخذهما ... ٤٩٤ ، ٤٩٥
- فصل : لو اشترى شقصا له شفيعان ، فادعى على أحد الشفيعين ... وشهد له بذلك الشفيع الآخر ... لم تقبل شهادته . ٤٩٥ - ٤٩٧
- ٨٨٠ - مسألة : (وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها ، وللآخر ثلثها ، وللآخر سدسها ، فباع أحدهم ، كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما) ٤٩٧ - ٥٠٠
- فصل : لو ورث أخوان دارا ... فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين أخيه وعمه . ٤٩٨ ، ٤٩٩
- فصل : إن كان المشتري شريكا ، فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه . ٤٩٩ ، ٥٠٠
- ٨٨١ - مسألة : (فإن ترك أحدهما شفعته ، لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك) ٥٠٠ - ٥٠٨
- فصل : فإن كان الشفعاء غائبين ، لم تسقط الشفعة . ٥٠١ ، ٥٠٢

فصل : إذا حضر الثاني بعد أخذ الأول ...

٥٠٣، ٥٠٢

بطلت القسمة .

فصل : إذا أخذ الأول الشقص كله

بالشفعة ، فقدم الثاني ، فقال : لا

٥٠٤، ٥٠٣

أخذ منك نصفه ... فله ذلك .

فصل : إذا اشترى رجل من رجلين شقصا ،

٥٠٤

فللشفيع أخذ نصيب أحدهما .

فصل : إذا باع شقصا لثلاثة ، دفعة واحدة ،

٥٠٥، ٥٠٤

فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ...

فصل : دار بين أربعة أرباعا ، باع ثلاثة

منهم ... فللذى لم يبع الشفعة في

٥٠٦، ٥٠٥

الجميع .

فصل : إن باع الشريك نصف الشقص

لرجل ، ثم باعه بقيته ... ثم علم

الشفيع فله أخذ المبيع الأول

٥٠٧، ٥٠٦

والثاني ...

فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة ، فوكل

أحدهم شريكه ... فلشريكهما

٥٠٨، ٥٠٧

الشفعة فيهما ...

٨٨٢ - مسألة : (وعهدة الشفيع على المشتري ، وعهدة

٥١٠ - ٥٠٨

المشتري على البائع)

فصل : حكم الشفيع في الرد بالعيب ، حكم

٥١٠، ٥٠٩

المشتري من المشتري ...

٨٨٣ - مسألة : (والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت

٥١٠ - ٥١٤

طالب بها)

فصل : إن أشهد الشفيع على مطالبته بها

٥١١ للعذر ، ثم مات ، لم تبطل ...

فصل : إذا بيع شقص له شفيعان ... ثم مات

المطالب ، فورثه العاق ، فله أخذ

٥١١ الشقص بها .

فصل : إن مات مفلس ، وله شقص ، فباع

٥١١، ٥١٢ شريكه ، كان لورثته الشفعة .

فصل : لو اشترى شقصا مشفوعا ، ووصى

به ، ثم مات ، فللشفيع أخذه

٥١٢، ٥١٣ بالشفعة .

فصل : لو اشترى رجل شقصا ، ثم ارتد

فقتل أو مات ، فللشفيع أخذه

٥١٣ بالشفعة .

فصل : إذا اشترى المرتد شقصا ، فتصرفه

٥١٤ موقوف .

٨٨٤ - مسألة : (وإن أذن الشريك في البيع ، ثم طالب

٥١٤ - ٥٢٤ بالشفعة بعد وقوع البيع ، فله ذلك)

فصل : إذا توكل الشفيع في البيع ، لم تسقط

٥١٥، ٥١٦ شفيعته بذلك ...

فصل : إن ضمن الشفيع العهدة

٥١٦ للمشتري ... لم تسقط شفيعته .

فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة ، فقارض

واحد منهم أحد شريكه بألف ،

- فاشترى به نصف نصيب الثالث ، لم
تثبت فيه شفعة . ٥١٧
- فصل : إن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا ،
فاشترى أجنبي نصيب أحدهم ...
فقال : إنما اشتريته لشريكك . لم
تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق
من الشفعة . ٥١٨ ، ٥١٧
- فصل : إن قال أحد الشفيعين للمشتري :
شراؤك باطل ... فالشفعة كلها
للمعترف بالصحة . ٥١٨
- فصل : إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره ،
فأنكره ، ثم صالحه ... صح . ٥١٩ ، ٥١٨
- فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا ،
فاشترى أحدهم نصيب أحد
شريكيه ، ثم باعه لأجنبي ، ثم علم
شريكه ، فله أن يأخذ بالعقدين ... ٥١٩ - ٥٢١
- فصل : إذا كانت دار بين ثلاثة ، لزيد
نصفها ، ولعمرو ثلثها ، ولبكر
سدسها ... تصح المسألة من مائة
واثنين وستين سهما ... ٥٢١ - ٥٢٣
- فصل : إذا كانت دار بين أربعة أرباعا ،
فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم ،
استحق الرابع الشفعة عليها ... ٥٢٣ ، ٥٢٤
- ٨٨٥ - مسألة : (ولا شفعة لكافر على مسلم)
٥٢٤ - ٥٢٩

- فصل : تثبت [الشفعة] للذمي على الذمي . ٥٢٥
 فصل : أما أهل البدع ، فمن حكم بإسلامه
 ٥٢٦ ، ٥٢٥ . فله الشفعة .
 فصل : تثبت الشفعة للبدوي على القروي ،
 ٥٢٦ وللقروي على البدوي .
 فصل : قال أحمد ، في رواية حنبل : لا نرى
 ٥٢٦ في أرض السواد شفعة .

كتاب المساقاة

- ٨٨٦ - مسألة : (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم
 ٥٥٠ - ٥٣٠ بجزء معلوم ، يجعل للعامل من الثمر)
 فصل : أما ما لا ثمر له من الشجر ... فلا
 ٥٣١ تجوز المساقاة عليه .
 فصل : إن ساقاه على ثمرة موجودة ... فيها
 ٥٣٢ ، ٥٣١ روايتين .
 فصل : أما قول الخرق : « بجزء معلوم يجعل
 للعامل من الثمر » . فيدل على
 ٥٣٣ ، ٥٣٢ شيئين ؛ ...
 فصل : إذا كان في البستان شجر من
 أجناس ... فشرط للعامل من كل
 ٥٣٤ جنس قدرا ، ... ، أو ... صح .
 فصل : إن كان البستان لاثنتين ، فساقيا عاملا
 ٥٣٥ ، ٥٣٤ واحدا ... جاز .
 فصل : لو ساقاه ثلاث سنين ... جاز . ٥٣٥
 فصل : لو دفع إلى رجل بستانا ، فقال :

- ما زرعت فيه من حنطة فلي رבעه ...
 ٥٣٦، ٥٣٥ لم يصح .
 فصل : إن ساقاه على أنه إن سقى سيحاً ، فله
 ٥٣٦ الثلث ... لم يصح .
 فصل : إن ساقى أحد الشريكين شريكه ،
 وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه ...
 ٥٣٧، ٥٣٦ صح .
 فصل : تصح المساقاة على البعل من الشجر . ٥٣٨
 فصل : لا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم
 ٥٣٨ بالرؤية ...
 فصل : تصح المساقاة بلفظ المساقاة ... ٥٣٩، ٥٣٨
 فصل : يلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما
 ٥٤٠، ٥٣٩ فيه صلاح الثمرة وزيادتها .
 فصل : فأما الجذاذ والحصاد واللقاط ، فهو
 ٥٤١، ٥٤٠ على العامل .
 فصل : إن شرط أن يعمل معه غلمان رب
 ٥٤١ المال ، فهو كشرط عمل رب المال .
 فصل : إن شرط العامل أن أجر الأجراء ...
 ٥٤٢ من الثمرة ... لم يصح .
 فصل : ظاهر كلام أحمد ، أن المساقاة
 ٥٤٥ - ٥٤٢ والمزارعة من العقود الجائزة .
 فصل : لا يثبت في المساقاة خيار الشرط . ٥٤٥
 فصل : متى قلنا بجوازها ، لم يفتقر إلى ضرب
 ٥٤٧ - ٥٤٥ مدة .
 فصل : إن هرب العامل ، فلرب المال
 ٥٤٧ الفسخ .

- فصل : العامل أمين ، والقول قوله فيما يدعيه
 ٥٤٨ ، ٥٤٧ من هلاك .
- فصل : فإن عجز عن العمل ... ضم إليه
 ٥٤٨ غيره ...
- فصل : إن اختلفا في الجزء المشروط للعامل ،
 ٥٤٩ ، ٥٤٨ فالقول قول رب المال .
- فصل : يملك العامل حصته من الثمرة
 ٥٥٠ ، ٥٤٩ بظهورها .
- فصل : إن ساقاه على أرض خراجية ،
 ٥٥٠ فالخراج على رب المال .
- ٨٨٧ - مسألة : (ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم) ٥٥١ - ٥٥٤
 فصل : إذا ساق رجلا ... فعامل العامل غيره
 ٥٥١ على الأرض ... لم يجز .
- فصل : إذا ساقاه على ودى النخل ... إلى مدة
 ٥٥٢ يحمل فيها غالبا ... صح .
- فصل : إن ساقاه على شجر يغرسه ...
 ويكون له جزء من الثمر معلوم ...
 ٥٥٣ ، ٥٥٢ صح أيضا .
- فصل : إذا ساقاه على شجر ، فبان مستحقا
 ٥٥٤ ، ٥٥٣ بعد العمل ، أخذه ربه وثمرته .

باب المزارعة

- ٨٨٨ - مسألة : (وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض) ٥٥٥ - ٥٦٢
 فصل : إذا كان في الأرض شجر ، وبينه
 ٥٦٢ ، ٥٦١ بياض أرض ، فساقاه ... جاز .

- فصل : إن زارعه أرضا ... لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها . ٥٦٢
- فصل : إن أجره بياض الأرض ، وساقاه على الشجر الذى فيها ، جاز . ٥٦٢
- ٨٨٩ - مسألة : (إذا كان البذر من رب الأرض) ٥٦٢ - ٥٦٥
- فصل : فإن كان البذر منهما نصفين ، وشرطا أن الزرع بينهما نصفان ، فهو بينهما . ٥٦٥ ، ٥٦٤
- فصل : فإن قال صاحب الأرض : أجرتك نصف أرضى هذه ، بنصف بذرك ، و ... لم يصح . ٥٦٥
- ٨٩٠ - مسألة : (فإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ، ويقتسما ما بقى ، لم يجز) ٥٦٥ - ٥٧٢
- فصل : إن زارعه على أن لرب الأرض زرعاً بعينه ، وللعامل زرعاً بعينه ... فهو فاسد ... ٥٦٦
- فصل : الشروط الفاسدة فى المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين ؛ ... ٥٦٦ ، ٥٦٧
- فصل : إن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ، ليزرعه ... ويكون ما يخرج بينهما ... فهو فاسد . ٥٦٧
- فصل : إن اشترك ثلاثة ... على أن ما رزق الله بينهم ... فهذا عقد فاسد . ٥٦٧ ، ٥٦٨
- فصل : إذا زارع رجلاً ... وسقط من الحب شيء ... فنبت ... فهو لصاحب الأرض . ٥٦٨ ، ٥٦٩

فصل : فى إجارة الأرض : تجوز إيجارتها
بالورق ، والذهب ، وسائر
العروض ، سوى المطعوم . ٥٦٩ - ٥٧٢

آخر الجزء السابع
ويليه الجزء الثامن ، وأوله :
كتاب الإجازات
والحمد لله حق حمده